

دكتور طلب وهيب خطاب  
أستاذ القانون الحديث المساعد  
بكلية الحقوق بجامعة عين شمس  
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

# أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي  
١١ جوار مسني - القاهرة



دكتور طلب وهيب خطاب  
أستاذ القانون الحديث المساعد  
بكلية الحقوق جامعة عين شمس  
معار بجامة الملك سعود بالرياض

# أحكام الالتزام بين الشرعية الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي  
١١ جوار مستشفى - القاهرة





بسم الله الرحمن الرحيم

« ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها

ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » ..

( صدق الله العظيم )

آية رقم (١٨) من سورة الجاثية



بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ،  
سيدنا محمد خير الخلق أجمعين ، وعلى آله وصحبه وعن أتباعه هداة إلى  
يوم الدين .

وبعد ..

فالحاصل أن نظرية الالتزام تضم بين رحابها القواعد العامة والأساسية  
التي تحكم الالتزام بصفة عامة أو الالتزامات بوجه عام إذا شئنا للحقة .  
وهذا مصدر أهميتها . إذ تتضمن ، على هذا النحو ، الأسس التي تقوم  
عليها المعاملات في الشريعة والقانون .

وهذه دراسة لأحكام الالتزام ، رأينا أن تكون على سبيل المقارنة  
بين القانون الوضعي وما خلص إليه فقهاء الشريعة الإسلامية للفراء . فما  
أحوجنا في هذه الحقبة إلى هذا النوع من الدراسة المقارنة .

قد يقال ، أن فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف ما اسماء الفقه  
القانوني ، بنظرية الالتزام ، . والرد على ذلك لا يحتاج إلى غناء . فالمعروف ،  
أن لفقه الإسلامي لم يبين على النظريات ، لأن فقهاء المسلمين الأوائل قد  
درجوا على استخلاص الأحكام الفرعية لأحوال الناس ، واقتصروا على  
الفروع والجزئيات دونما اهتمام باستخلاص النظريات (١) .

وإذا أمعنا النظر في فكرة الالتزام في الشريعة الإسلامية - ولم تعدم  
وجودها فيها - لاحظنا أن الالتزام يتناول عددا من الزوابط تميز بموضوعاتها  
وأحكامها تمايزا لم ير معه فقهاء هذه الشريعة الفراء أمالجا في وحدة  
تنظيمها جميعا ويكون لها اسم خاص يدل عليها ، على الرغم من اشتراكها في  
بعض الأحكام . ذلك أن اشتراكها في بعض الأحكام يصاحبه اختلاف في كثير  
منها . وإزاء هذا الاختلاف كانت القناعة ببيانها متفرقة مع بيان حكم كل

---

(١) راجع ، عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في قانون للتجارة الكويتي ، جامعة

رابطة منها • وعلى الرغم من ذلك فإنه لم يكن متعذرا جمع كثير من هذه الأحكام المشتركة في إطار ما يمكن أن نطلق عليه نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي •

وتأسيسا على ما سلف ، يمكننا القول بأنه ولئن كانت نظرية الالتزام - باعتبارها بنيانا يضم القواعد العامة والأساسية التي تعالج موضوع الالتزام وتنبئ عن تصور كامل له - هي نظرية وضعية نصا وفقا ، فإنه لا يمكننا أن نهمل ما تنطوى عليه بطون كتب فقهاء الشريعة السمحاء من أحكام بشأنها وهي كثيرة •

هذا ، وقد ولكب دراستنا هذه أمانة غاية في الأهمية • أن كان لهما من دلالة فإنها الاتجاه صوب وضع الأمور في نصابها الصحيح بتطبيق شريعة الله • الأمر الأول ، وقد ولكب دراستنا منذ البداية وهو صدور التقنين المدني الجديد في الكويت ، وقد استمدت أحكامه من الفقه الاسلامي • ولذا فقد اتخذناه ركيزة للمقارنة سألقة الفكر • ولم لا ويمعد بذلك أحدث التقنيات المدنية العربية التي استوحت أحكامها من شريعة الله • أما الأمر الثاني ، وقد ولكب دراستنا في نهائيتها ويتمثل في ظهور مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية في مصر • وقد اتخذناه أيضا ركيزة من ركائز المقارنة موضوع دراستنا • ولا ينبغي أن يغيب عنا في هذا الصدد ، للتقنين المدني المصري ركيزة ثالثة • هذا التقنين الذي استمد منه التقنين المدني الكويتي كثيرا من أحكامه ، وهذه حقيقة •

وعلى الرغم مما تؤدي إليه هذه الحقيقة من أن التقنين المدني الجديد في الكويت لا يختلف كثيرا فيما جاء به من أحكام - مصدرها الشريعة الاسلامية - عن التقنين المدني المصري الحالي ، فلا يفوتنا أن نبرز مقحما وبصورة اجمالية ما بينهما من اختلاف • ومن هنا فإنا لا نتردد في القول - وعلى سبيل المثال - بأن النصوص المتعلقة بالفوائد في الثاني إنما تمثل موقعا أساسيا لاختلافه الجوهرى عن الأول • إضافة الى اختلافهما بخصوص أحكام التقادم ( مرور الزمن ) • هذا الى جانب موافق أخرى للاختلاف لسننا بسبيل التعرض لها الآن • وفي الحق ، فإن نتيجة على جانب عظيم من الأهمية تترتب على كل ذلك مؤدما : أن التقنين المدني المصري الحالي لا يختلف في أحكامه عن الشريعة الاسلامية ، اللهم الا تلك الأحكام المتعلقة بالفوائد وأحكام التقادم • إضافة الى أحكام عقد التأمين ولا تفر الشريعة الاسلامية منها - كما هو معروف - الا ما يتعلق بالتأمين التعاوني • والقيمة الحقيقية لهذه

النتيجة في نظرنا تظهر جلية مع الانتهاء من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر . إذ كان يكفي أن نعلم أن تعديل من أحكام القانون المدني المصري ما يخالف حكم الشرع الإسلامي .

وعلى أية حال ، فإننا سوف نجعل من التقنين المدني الكويتي أساسا في دراستنا هذه ، ونكتفي بالنسبة للتقنين المدني المصري الحالي بمجرد الإشارة إلى النص المقابل منه لنظيره الكويتي في حالة الاتفاق في الحكم . ومن ثم فإننا سوف نقنل بالقتصيل النص المدني المصري حال اختلاف حكمه عن نظيره الكويتي وبمدهما نبرز موقف مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر حسبما تقتضيه دراستنا نمطا واسلوبا . كل ذلك مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي . وعلى صعيد هذا الفقه ، ينبغي ألا يغيب عن البال أكثر من محاولة لتقنين أحكامه . أولاها مجلة الأحكام المسدلة . وثانيتهما كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد تحري باشا . وأحدثها جميعا مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل الشيباني للشيخ عبد الله القاري . وقد صدرت مؤخرا بالملكة العربية السعودية .

ولما كان أحد قطبي المقارنة التي نحن بصدد النظام المدني الوضعي من جهة والقطب الآخر هو الفقه الإسلامي من جهة أخرى وكان لكل منهما ذاتيته وبنائه المستقل ، فإن من الطبيعي أن نصادف بعض الأحكام التي توجد في الأول ولا توجد في الثاني ، ودون أن يقلل ذلك من شأن للفقه الإسلامي . فمثل هذا التباين والاختلاف مألوف في كل دراسة مقارنة .

وأخيرا ، نرجو أن تكون دراستنا هذه حاديا لنا ولغيرنا إلى مزيد من تعميق شتى جوانبها المختلفة وحواشيتها المتعددة ، فالحاجة ملحة إلى مثل هذه الدراسات المقارنة ، أحياء لشريعة الله وإبرازا لعظمة الصرح الذي شيده فقهاؤنا شامخا ، والله الموفق إلى ما فيه الخير والرشاد .

### موضوعات الدراسة وخطة البحث :

إن النهج المنطقي لسرد الأحكام التي تضمنها نظرية الالتزام في رحابها يقتضي السير مع هذا النظام القانوني ( الالتزام ) في مراحل حياته من ميلاده حتى مماته . فنواجه أولا الالتزام في نشأته ببيان مصادره ودراستها ، وثانيا الالتزام في حياته وما يترتب خلالها من آثار . وما يلحق به من أوصاف وما يمكن أن يطرأ من تغير في أطرافه بالانتقال . وثالثا الالتزام في مماته أي انقضائه .

ولما كانت دراستنا تنحصر في أحكام الالتزام ، ونعنى بها للقواعد التي تحكم الالتزام في ذاته بعد نشوئه صحيحا - بقطع النظر عن مصدره - حتى انقضائه فان المرحلة الأولى تخرج عن نطاق هذه الدراسة ليكون موقعها ضمن مصادر الالتزام \*

وفي ضوء ذلك ، يمكننا أن نحدد - وعلى وجه الإجمال - دراستنا لأحكام الالتزام على المعنى المتقدم لها بأنها تشمل الالتزام في حياته أولا ومن حيث مصلته ثانيا \*

في نطاق المرحلة الأولى ، وبعد أن يولد الالتزام صحيحا بنشوئه من مصدره ، تترتب آثاره ، وإذا كان الأصل في الالتزام أثناء ذلك أن يكون بسيطا ومنجرا أي على معنى أن يتجسد في رابطة بين دائن واحد ومدين واحد يلتزم بأداء واحد ، هذا من ناحية وإن يكون واجب التنفيذ فور نشوئه من ناحية أخرى فإنه قد يلحق به وصف يعدل في هذا التنجيز أو تلك البساطة \*

بيد أن ذلك كله لا يؤثر في جوهر الالتزام \* هذا الجوهر الذي تحول من النظرة الشخصية ، والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه ، إلى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحل حيث القيمة الاقتصادية له (١) \* ونعني بالمحل الأداء الذي يتعين على المدين أن يقوم به لصالح الدائن \* والفارق بين النظرتين أن الالتزام في الأولى رابطة شخصية ومن ثم لا يتصور بقاء الالتزام مع تغير طرفيه أو أحدهما \* أما في الثانية والعبرة فيها بالأداء \* فإنه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو أحدهما \* فمن الجائز انتقال الالتزام من ناحيته الإيجابية أو السلبية \*

والخلاصة \*\* أن الالتزام في هذه المرحلة يرتب آثاره وقد تلحقه أوصاف ويمكن أن ينتقل أو يتحول \*

---

(١) دلجج :

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

" Droit civil " , t. 2., VOL, 1

" Les obligation " Paris, 1962.

N. 549, P. 595 — 596.

أما في نطاق المرحلة الثانية ، ونواجه فيها الالتزام من حيث معانيه  
فإننا نتناول أسباب انقضاء هذا الالتزام .

في ضوء ما تقدم ، نقسم دراستنا إلى أربعة أبواب :

- الباب الأول : في آثار الالتزام
- الباب الثاني : في الأوصاف المحللة للالتزام
- الباب الثالث : عن لنتقال الالتزام
- الباب الرابع : ونخصه لانقضاء الالتزام





## الباب الأول

### آثار الالتزام

#### ١ - تمهيد وتقسيم :

يقصد بآثار الالتزام ، ما يترتب عليه من نتائج قانونية • وتبعا لذلك فان الأثر الجوهرى للالتزام - بعد نشوئه صحيحا من مصدره - هو تنفيذه ، او على وجه الدقة وجوب تنفيذه • والاصل ان يقوم الدين بتنفيذ للقرامه مختارا • ولكن ان يمتنع عن ذلك ، فان لمتناعا مثل هذا يكون مدعاة لى يلجأ الدائن الى اجباره على التنفيذ • وفى الحالين ، اما أن ينصب التنفيذ على ذات الالتزام او عينه ، بأن يؤدى الدين عين ما التزم به ويطلق عليه التنفيذ العيني جبرا او اختيارا ، ولما أن يتم التنفيذ عن طريق الزام الدين باداء تمويض للدائن بدلا عن تنفيذ للقرامه عينا ، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل او عن طريق التمويض ، جبرا كان او اختيارا هو الآخر •

اذن لا يصح للخلط بين التنفيذ العيني والتنفيذ الجبرى واعتبارهما شيئا واحدا (١) • وخلاصة ذلك كله ، والأثر الجوهرى للالتزام هو وجوب تنفيذه ، فان التنفيذ يأخذ صورة من اثنتين من حيث كيفية وقوعه •

الأولى : التنفيذ الاختيارى • L'exécution volontaire

الثانية : التنفيذ للجبرى • L'exécution forcée

وحال وقوع التنفيذ بالكيفية السابقة فانه يتخذ - وبحسب مضمون الأداء فيه - صورة من اثنتين أيضا :

الأولى : التنفيذ للعيني • L'exécution en nature

الثانية : التنفيذ بمقابل او عن طريق التمويض •

L'exécution par équivalent.

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، دار للنشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ ، رقم ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ص ٧١٨ - ٧١٩ •

وأيا كانت صورة التنفيذ ، فإن الدائن يمكنه أن يستعين بمدة وسائل تضمن وقوعه • وعلى أية حال ، فإنه لما كان التنفيذ الاختياري للالتزام ، عبارة عن الوفاء به ، فإن للوفاء يمد - على هذا النحو - اثرا للالتزام ، وبخس القدر أيضا يمد سببا لانقضائه • ومن ثم تقس دراسته في الباب المخصص لانقضاء الالتزام •

وفي ضوء ذلك ، تنقسم دراستنا في هذا الباب الى الفصول الآتية :

الفصل الأول : التنفيذ العيني •

الفصل الثاني : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض •

الفصل الثالث : في وسائل ضمان التنفيذ •

## الفصل الأول

### التنفيذ العيني

#### L'EXÉCUTION EN NATURE

#### ٢ - تهديد وتقسيم :

ذكرنا أنه إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه مختاراً ، كان للدائن أن يجبره على هذا التنفيذ . والتنفيذ الجبري يقع عادةً على ذات الالتزام ، ومقتضى ذلك أن يقدم المدين للدائن عين الأداء الذي يلتزم به .

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام ، أنه ليس كل التزام يمتنع المدين عن الوفاء به لاختياره يكون من شأنه أن يفتح باب للتنفيذ الجبري أمام الدائن . لذ التنفيذ الجبري يكون ممكناً للدائن - بحسب الأصل - إذا كان الالتزام محل امتناع المدين عن التنفيذ الاختياري للتلزام مدنياً وليس طبيعياً<sup>(١)</sup> .

ونتكلم أولاً عن الالتزام المدني وتنفيذه جبرياً .

• وثانياً عن الالتزام للطبيعي .

• ونخصص لكل منهما مجشاً .

---

(١) راجع بالتفصيل ، للفرقة بين الالتزام المدني والطبيعي :

MARTY et RANAUD : op. cit., p. 595, n. 547 et p. 840, n. 834.

## المبحث الأول

### الالتزام المعنى وتنفيذه جبريا

٣ - والالتزام المعنى هو الالتزام للقيام أو للكمال الذى يشتمل على عنصرين :

العنصر الأول ويطلق عليه عنصر المديونية ، *devoir* أما للعنصر الثانى فهو عنصر المسؤولية *engagement* .

ويراد بالمديونية ، أن ثمة واجبا على المدين بالوفاء ، أما المسؤولية فمؤداهما أنه يمكن للدائن قهر المدين على الوفاء لذا امتنع عن الوفاء لاختيارا . والارتباط بين العنصرين ارتباط الوسيلة بالغاية<sup>(١)</sup> . فاذ امتنع المدين - فى نطاق العنصر الأول - عن الوفاء تحرك عنصر المسؤولية لجبره على ذلك . اذ الأصل تولف العنصرين فى الالتزام . فيقال ان الالتزام معنى لكى ليس ثمة ما يمنع من توافر عنصر المديونية دون المسؤولية . فالأول هو الأساس والثانى لا يعدو كونه وسيلة لضمانه . ويترقب على ذلك اذن تصور وجود الالتزام بعنصر المديونية دون عنصر المسؤولية وفى هذه الحالة يكون الالتزام ناقصا ويطلق عليه الالتزام الطبيعى . لكن لا يتصور وجود عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية أى مع تخلف الأخير - ابتداء - وبصورة مستمرة .

وفى ضوء المعنى المتقدم ، يعد الالتزام معنيا اذا نشأ كذلك منذ البداية او كان للالتزام طبيعيا وتمتد المدين بالوفاء به فصار بقاء على هذا التمسك للالتزام معنيا<sup>(٢)</sup> .

واذا كان هذا هو مقصود الالتزام المعنى فما هى شروط تنفيذه تنفيذاً عينيا وكيف يتم ذلك ؟ وما هو موقف للفقه الإسلامى من فكرة التنفيذ المعنى ؟

نوضح ذلك فى ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المعنى تنفيذاً عينيا جبريا .
- المطلب الثانى : للتنفيذ المعنى فى الفقه الإسلامى .
- المطلب الثالث : كيفية وقوع التنفيذ المعنى الجبرى .

---

(٢) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار إليه من قبل ، رقم ٣٨٧ ، ص ٧٢٥  
انور سلطان الموجز فى لنظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، احكام الالتزام ، الاسكندرية ، ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ج ٢ رقم ١٣٨ ، ص ١١٦ .

(٣) محمد لبيب شخب ، دروس فى نظرية الالتزام ، ١٩٧٥ ، احكام الالتزام رقم ٢٠٨ ، ص ١٩١ .

## المطلب الأول

### شروط تنفيذ الالتزام الدني تنفيذاً عينياً جبرياً

٤ - ان النطاق الحقيقي للتنفيذ العيني الجبري - وهذا بدني - يتحدد بحالة امتناع الدين عن التنفيذ الاختياري للالتزام مدني .

وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ من القانون المدني الكويتي الجديد اذ قالت : « اذا لم ينفذ الدين الالتزام باختياره نفذ جبراً عليه » ، وأضافت في فقرتها الثانية انه « اذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه » (١) - ( م ١٩٩٠ مدني مصري ) .

ومن المتعين حتى يمكن للدائن ان يلجأ الى هذا التنفيذ توافر الشروط الآتية :

#### ٥ - الشرط الأول : ان يكون هناك سند تنفيذي بيد الدائن :

ونستند في وجود هذا الشرط الى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات الكويتي الجديد وقد نصت على انه « لا يجوز التنفيذ الجبري الا بسند تنفيذي ..... » ، والمعنى الواضح لذلك ، انه يتعين حتى يمكن للدائن ان يجبر الدين على تنفيذ التزامه عيناً ان يكون بيده سند تنفيذي يثبت حقه . والسندات التنفيذية كما تقضى قواعد التنفيذ عبارة عن الأحكام القضائية والحررات الرسمية . أو هي ، وعلى حد تعبير النص السابق ، الأحكام والأوامر والحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة (٢) .

(٤) راجع في هذه الشروط : للسعدي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مشار اليه من قبل ، ص ٧٥٩ ، رقم ٤٠٧ وما بعدها .

وراجع في الفقه الفرنسي :

Marty et Ranaud : op. cit., n. 651-654, P. 676-677.

(٥) وقد صدر قانون المرافعات الكويتي الجديد ، بالمرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠ ، في ١٩٨٠/٦/٤ .

ويلاحظ ان عبارة الحررات الموثقة في المادة ١٩٠ استبدلت بعبارة الأوراق الرسمية في المادة ٢٦٧ من قانون المرافعات لتتضمن في الكويت .

وراجع ، الفكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد في الكويت ، مكتب وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية - لجان تطوير التشريعات ، مطبعة مقهور ، ص ٢٩٨ .

والأصل أنه إذا كان حق الدائن ثابتاً بمقتضى محرر رسمي كان له أن ينفذ بواسطته . والمحرر الرسمي عبارة عن ورقة يحررها موظف عام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب السجل ويثبت فيها بيانات معينة .

أما إذا كان حق الدائن ثابتاً في محرر عرفي أي في ورقة لم يحررها الموظف العام المختص ولكن قام الأفراد بتحريرها ووقموا عليها فإن هذا الدائن لا يمكنه جبر الدين على التنفيذ العيني بواسطتها إذ يتعين عليه استصدار حكم من القاضي بثبوت حقه . فإذا صدر الحكم كان سنداً تنفيذياً ما دام قد صار نهائياً بمنأى عن الطعن . ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن سابقتها وقد ثبت فيها حق الدائن بمحرر رسمي . إذ المحرر الرسمي عبارة عن سند تنفيذي ولا يحتاج الدائن معه إلى استصدار حكم من للقاضي لكي يجبر الدين على التنفيذ العيني .

#### ٦ - الشرط الثاني : وجوب قيام الدائن باعذار الدين :

يتعين على الدائن ، وقبل لجوئه إلى التنفيذ الجبري ، أن يقوم باعذار الدين . ونقصد باعذار أن يجمل الدائن الدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه ويكون بدعوة الأول للثاني إلى الوفاء مختاراً ، فإذا لم يف كان للجوء إلى التنفيذ الجبري . وقد نصت على هذا الشرط المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي الجديد إذ قالت في فقرتها الأولى : يجبر الدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ٠٠ ، (١) .

ويكون اعذار الدين بإبذاره أو بما يقوم مقام الإنذار . والإنذار عبارة عن ورقة رسمية تعلن للمدين متضمنة الدعوة إلى تنفيذ التزامه . وإذا تم ذلك كان الدليل على تخلفه عن تنفيذ التزامه تنفيذاً اختيارياً مما يحق معه للدائن أن يلجأ إلى إجباره على التنفيذ .

#### ٧ - الشرط الثالث : أن يكون للتنفيذ العيني ممكناً للمدين دون أرهاق :

والشرط على هذا النحو ذو شقين :

ومؤدى الشق الأول ، أنه لكي يلجأ الدائن إلى التنفيذ العيني للجبري ، يجب عليه أن يراعى إمكان قيام الدين به . فلو ثبت أن تنفيذ الالتزام عينياً أي

---

(١) يقابل نص للفقرة الأولى من المادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري .

بذلك أمر غير ممكن ويستحيل على الدين أن يقوم به لما صح للنجوم إلى التنفيذ المعنى، ولو كانت الاستحالة ترجع إلى خطأ الدين . وعلّة ذلك ترجع في نظرنا إلى عدم إمكانية المطالبة بالتزام ثبت استحالة تنفيذه .

وقد تناولت هذا الشرط في شقّه الأول للفقرة الأولى من المنصّ السابق ذكره إذ قلت : « يجبر الدين » على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا » .

وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا التزم الدين في مواجهة الدائن بتسليم شيء معين بالذات ولكن ملك الشيء بعد نشوء الالتزام بتسليمه على عائق هذا الدين ، كان التنفيذ المعنى لهذا الالتزام ضربا من الاستحالة (٧) .

ومؤدى الشقّ لثاني « أنه لا يمكن أن يكون التنفيذ المعنى ممكنا للدين ، بل، يتمين بسوق ذلك ، لا يكون مرهقا له . وإن كان ممكنا » . ويكون التنفيذ المعنى مرهقا للدين إذا كان يصيبه من ورائه ضرر فادح . وقد تصحت لذلك المسألة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي . الجديد في فقرتها الثانية بقبولها « ومع ذلك إذا كان في التنفيذ المعنى لوراثي الدين ، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقتصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك ، لا يلحق به ضررا جسيما » . والمعنى الواضح لذلك أنه إذا كان التنفيذ المعنى للالتزام فيه لوراثي للدين على المعنى المتقصر لذلك ، يجوز للمحكمة وبناء على طلبه أن تقتصر حق الدائن على تعويض . إضافة إلى ذلك ، فإنه يستفاد من النص أن المشرع ، وقد أخذ في الاعتبار مصلحة الدين بعدم إجباره على التنفيذ المعنى إذا كان مرهقا ، لم يهمل مصلحة الدائن أيضا . إذ لشرط لعدم إجبار الدين على التنفيذ المعنى ومن ثم قصر التزامه على أداء تعويض ألا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم . وعلى ذلك إذا طالب الدائن بإجبار الدين على التنفيذ المعنى ، وطالب الدين من المحكمة أن تقتصر التزامه ومن ثم حق الدائن على تعويض بدعى أن التنفيذ المعنى مرهق له ، وجب على القاضي أن يوازن - وقول للحكم - بين ما يصيب الدين من ضرر من وراء إجباره على التنفيذ المعنى من جهة وما قد يلحق الدائن من ضرر من جراء الاقتصر على الحكم له بتعويض من جهة أخرى . فإن رجح القدر الذي يصيب الدين رجحانا كبيرا على ما

---

(٧) وليس أمام الدائن في هذه الحالة إلا المطالبة بالتنفيذ من طريق التعويض لأن كان الهلاك خطأ الدين ، ألا إذا كان الهلاك بسبب اجنبى ، نقض الالتزام بالتسليم ولا يمكن تنفيذه لا عينيا ولا من طريق التعويض .

راجع في هذا المعنى : محمد لبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٩ ، ص ١٩٣ .

قد يلحق الدائن منه عدل للقاضي عن الحكم بالتنفيذ العيني ولتقتصر على الزام الدين بالتعويض . أما إذا كان الضرر الذي يصيب الدين يساوي أو لا يزيد كثيرا عما قد يلحق الدائن منه أو كان للضرر الذي لحق الدائن يرجع الضرر الذي يصيب الدين حكم القاضي بالقاعدة الأصلية وتقضى بموجب التنفيذ العيني للجبري .

ولا يفوتنا أن نشير إلى النص المقابل من القانون المدني المصري نظرا لاختلاف أحكامه على ما يبدو لنا فقد نصت المادة ٢٠٣/٢ على ما يأتي : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني أضرار للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

وبالمقارنة بين هذا النص وما تضمنته المادة ٢٨٤/٢ من القانون المدني الكويتي نجد اختلافا بينهما في الصياغة أدى إلى اختلاف في الحكم . ويظهر الوجه الأول للاختلاف إذا لاحظنا أنه في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني مرقعا للمدين نجد النص المصري وقد استخدم عبارة « جاز له » أي للمدين أن يقتصر على دفع تعويض . ونرى أن صياغة النص الكويتي أكثر انضباطا . فالنص المصري بصياغته ، يحمل على الاعتقاد بأن المشرع قد جعل الأمر جوازا للمدين مع أن للمحكمة دورا ، بينما جعله النص الكويتي للمحكمة بناء على طلب الدين حين قال : « جاز للمحكمة بناء على طلبه ( أي الدين ) أن تقتصر حق الدائن على اقتضاء تعويض » .

ويظهر الوجه الثاني للاختلاف إذا أدركنا أن النص المصري قد تكلم عن « تعويض نقدي » يقتصر الدين للقرض عليه . بينما النص الكويتي قد تكلم عن مجرد « تعويض » تقتصر المحكمة حق الدائن عليه . والمعنى للواضح لذلك أن المدين المرقع من التنفيذ العيني يؤدي - حسب النص المصري وكلمة تعويض جاءت فيه مخصصة - تعويضا للدائن يجب أن يكون نقديا . بينما يؤدي - بموجب النص الكويتي - تعويضا عينيا أو نقديا . نظرا لأن كلمة تعويض وردت فيه دون تخصيص . وأكثر من ذلك قد يرى القاضي أن يستجيب لطلب المدين بالتعويض العيني خاصة إذا لم يعترض على ذلك الدائن كما لو كان محل الالتزام تسليم أشياء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين أن الحصول عليها يرقى المدين ، ويمكن أن يسلم أشياء أخرى تؤدي للدائن نفس القرض أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم (\*) .

(٨) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد .



وعلى أية حال ، يجدر بنا أن ننبه أخيراً إلى أن تصحيد ما إذا كان التنفيذ العيني مرمقاً للمدين إنما يمد مسألة موضوعية تتوقف على ظروف الحال<sup>(٩)</sup> . وتطبيقاً لذلك فإنه إذا التزم مشتري قطعة الرض في مواجهة البائع بالآ يقيم عليها مبان تجاوز ارتفاعها معيناً ، وخالف المشتري ذلك ، وجاء البائع وطلب حكم المبانى الزائدة عن الارتفاع المقرر ، ولكن وجد أن في ألهم أرصاقاً للمدين لأنه يضيع عليه ما أنفقته إضافة إلى كونه يكبده مصروفات أخرى لهذا ألهم ، يمكن للقاضي أن يقصر حق الدائن على تعويض نقدي بناء على طلب المدين ( المشتري ) بشرط ألا يسبب ذلك للبائع أضراراً جسيمة . أما إذا كان ألهم يؤدي إلى هذه الأضرار للبائع ، كما لو منعه من الارتفاع بمقار آخر يملكه قيمته تفوق قيمة المبانى المطلوب معها ، حكم للقاضي بألهم<sup>(١٠)</sup> .

#### ٨ - الشرط الرابع - ألا يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية الدين الشخصية :

من المسلم به دون نص أنه لا يجوز إجبار المدين على التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ يستوجب تدخله شخصياً ، إذ لو أجبر على التنفيذ بالرغم من ذلك لكان معناه المساس بحريته الشخصية . ويحدث ذلك إذا كان التزام المدين يتمثل في القيام بعمل لا يمكن أن يقوم به غيره . مثال ذلك التزام فنان بالغناء في حفل أو بالتمثيل على المسرح .

#### ٩ - مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر والتنفيذ العيني الجبرى :

أولاً - رسمت للفقرة الأولى من المادة ٢١٠ من المشروع ، النطاق الحقيقي للتنفيذ العيني الجبرى ، ويتحدد بامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى للالتزام معنى ، إذ قالت : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » وأضافت هذه المادة المقترحة في فقرتها الثانية « ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه » .

وولضح أن نص هذه المادة يولج في فقرته الأولى - وبالتقريب مع نص الفقرة الثانية منه - التنفيذ العيني الجبرى للالتزام الكامل الذى يتوافر فيه عنصر الديونية وعنصر المسئولية ويقال له الالتزام الحدى .

(٩) محمد لبيب شخب ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(١٠) رجع حكم المادة ١٠١٨ من القانون الحدى المصرى .

ونص المادة ٢١٠ من المشروع يطابق المادة ١٩٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٨١ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

**مقتضى ب** وعن شروط التنفيذ العيني الجبري للإلتزام الجني . فقد استوجبت ، الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من المشروع قيام الدائن بإعذار المدين . ويجرى نصها على النحو التالي : « يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه . تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . ولما أصبح ، إن النص يشترط الإعذار إضافة إلى كون التنفيذ العيني ممكناً ، والنص على هذا النحو يطابق نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

إضافة إلى ما تقدم ، اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من المشروع ألا يكون التنفيذ العيني موقفاً للمدين رغم إمكانه ، ونصها كالآتي : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً » .

والنص على هذا النحو يطابق للفقرة الثانية من المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي وقد سبق شرحها . ويختلفان عن الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري الحالي . وقد أبرزنا الاختلاف من قبل ونحن نقارن النص الكويتي ( ٢/٢٨٤ ) مع نص القانون المدني المصري الحالي ( ٢/٢٠٣ ) .

## المطلب الثاني

### التنفيذ العيني في الفقه الاسلامي

١٠ - ذكرنا ان التنفيذ العيني ينصب - في القانون الوضعي - على ذاته الالتزام وإلى هذا خص فقهاء الشريعة الاسلامية قاعدة وتطبيقاً . أما القاعدة فقد نصت عليها المادة ١٥٣ من مجلة الاحكام المحلية بقولها : « إذا جاز الاصل بصار الى البطل ، والمعنى الواضح لذلك أنه يجب في الالتزامات الوفاء بالأصل ما دام ممكناً ، ومن ثم لا يجوز الوفاء بالبطل الا اذا تعذر الوفاء بالأصل وهو المعنى المتصوّر بالتنفيذ العيني (١١) » أما تطبيقها فنجد في احكام النصب .

ومن هذه الاحكام عند الاحناف ، ما ورد في حاشية رد المحتار لابن عابدين ، ونجزيء منه ما يلي : ( ويجب رد عين المصوب في مكان عصبه ويبرأ بردها ولو بغير علم المالك لقوله عليه الصلاة والسلام « علي اليد ما أخفت حتى ترد » (١٢) ومعنى ذلك أنه يتعين على الغاصب وهو ملتزم برد المصوب أن ينفذ التزامه عيناً . وهو ما أخذت به المادة ٨٩٠ من مجلة الاحكام المحلية ونصت على أنه « يلزم رد المصوب عيناً » .

وعند المالكية ، جاء في باب النصب من كتاب قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ما يأتي : « ف فيما يجب على الغاصب حقان : . . . . . ثانيهما . وهو جق المصوب منه إذ يجب أن يرد اليه ما غصبه فلو كان المصوب قائماً رد بعينه اليه وإن كان قد فات رد اليه مثله أو قيمته (١٣) » .

---

(١١) راجع في هذا المعنى : صبحي محمدي ، النظرية العامة للموجبات والمقصورات في الشريعة الاسلامية ، للطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ج ١ ، ص ١٥٨ - ١٦٠ ، ج ٢ ، ص ٥٠٥ - ٥٠٧ .

(١٢) حاشية رد المختار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، على الدر المختار : شرح تبصير الابصار ، ويليه تكملة ابن عابدين لبجل المؤلف ، الطبعة الثانية ، ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٦ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، الجزء السادس برص ١٨٢ .

(١٣) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزى القرطبي ، المالكي ، طبعة سنة ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص ٣٥٨ .

وواضح أن هذا النص الفقهي يؤكد ما ذهب إليه الاحناف من وجوب تنفيذ الغاصب لالتزامه برد المصوب تنفيذاً عينياً ما دام هذا المصوب قائماً .

وعند الحنابلة ، تضمنت المادة ١٣٧٨ التي وردت في باب الغصب من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل<sup>(١٤)</sup> ، هذا التطبيق أيضاً ويجرى نصها على النحو التالي : « يجب على الغاصب رد المصوب لمالكه في الحال الذي غصب فيه أن فسد عليه ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته » وعلى هذا المعنى كان تركيز المادة ١٣٨٤ من مجلة الزكوة ونصها كالاتي : « لا يقبل من الغاصب رد قيمة المصوب الا اذا تعذر رده عيناً » (١٥) .

ويتضح لنا مما تقدم أنه يجب على المدين أن يؤدي عين ما للترم به فالتنفيذ العيني للالتزام هو الاصل في الشريعة الاسلامية شريطة أن يكون ممكناً .

١١ - والخلاصة : أن القانون المدني لا يختلف في احكامه بخصوص التنفيذ العيني للالتزام عن الفقه الاسلامي . فالحدين فيهما يتعين عليه ان ينفذ التزامه عيناً . وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون ذلك للتنفيذ ممكناً . على أن الامكان - فيهما - لا يكفي وحده ، بل يجب علاوه عليه ألا يكون تنفيذ الالتزام بعينه مرهقاً للمدين . وقد اتضح لنا ذلك بالنسبة للقانون المدني ونحن نعرض لشروط التنفيذ العيني فيه . ولا نعلم للدليل عليه أيضاً في نطاق الفقه الاسلامي . والدليل عبارة عن حكم تضمنته المادة ١٣٨٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ويجرى نصها على النحو التالي :

---

(١٤) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للشيباني ، للشيخ أحمد بن عبد الله القاري . دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد على . مطبوعات مؤسسة تهامة بالملكة العربية السعودية ، للطبعة الأولى ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

(١٥) وقد ورد التطبيق في فقه الشافعية أيضاً . جاء في المذهب « فان كان المصوب باقياً لزم رده ..... لأنه لاحق للمصوب منه في القيمة مع بقاء العين » . المذهب لأبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفهرزي تبايى التبرلي ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ .

« إذا تلف المنصوب أو أتلّف ضمن الغاصب بمثله إذا كان مثليا فإن  
تعذر المثل لعدمه أو بعده أو غلّائه وجبت قيمته وقت التعذر » .

وإذا كان لنا أن نستخلص من النص ، فإن الحكم فيه يخص ضمان  
الغاصب للمفصوب حال تلفه أو اتلافه . ومضمون الحكم أنه لو كان المنصوب  
مثليا ، التزم الغاصب برد مثله ، وهذا هو الأصل . إلا أن النص قد  
خرج على هذا الأصل ، إذا تمخّذ على الغاصب رد المثل لأنه بعيد أو  
غال ، وأوجب عليه القيمة وقت التعذر . ويكون النص بذلك قد رأى في  
بعد المثل وغلّائه إرماتاً للغاصب وهو مدين برده عند التعذر ، فأعفاه منه  
على الرغم من أن تنفيذه ممكنا وليس مستحيلا .

## المطلب الثالث

### كيفية وقوع التنفيذ العيني الجبري

١٢- إذا انفتح الباب أمام الدائن للتنفيذ العيني الجبري نظرا لامتناع المدين عن التنفيذ الاختياري، فإن هذا الدائن إما أن ينفذ بحقه مباشرة، وإما أن يستخدم في التنفيذ وسائل غير مباشرة، وعلى هذا يمكن القول أن التنفيذ العيني الجبري يتخذ - فيما يتعلق ببيان كيفية وقوعه - صورة من اثنتين (١٦) :

الاولى : وفيها يكون التنفيذ العيني مباشرا .

الثانية : وفيها يكون التنفيذ العيني غير مباشر .

ونخصص لكل منهما فرعا مستقلا .

---

(١٦) راجع في هذا التقسيم :

MARTY et RANAUD : op. cit., : n. 658 P. 680.

## الفروع الأولى

### التنفيذ العيني المباشر

١٣ - يراد بالتنفيذ المباشر الطريق الذي به يتم التنفيذ الجبري للالتزام ليس وحده مبلغا نقديا وفيه يتم التنفيذ العيني بعدة طرق مباشرة تختلف تبعا لاختلاف طبيعة الالتزام محل التنفيذ . وتختلف صور الالتزام في هذا الصدد تبعا لاختلاف طبيعته (١٧) . فهناك الالتزام بنقل حق عيني والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل ، ونعرض لبيان كيف يكون التنفيذ في هذه الصنوع على التوالي وهو نفس الترتيب الذي اتبعه المشرع الكويتي .

#### ١٤ - أولا - الالتزام بنقل حق عيني : obligation de donner

قد يلتزم المدين بنقل حق عيني . والحق العيني قد يكون حق ملكية او أي حق عيني آخر وقد تصدى المشرع المدني الكويتي لكيفية تنفيذ هذا الالتزام عينا في المادة ٢٨٥ إذ قال : « إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء معين بنوعه . ولم يتم المدين بإفراز شيء من الفروع ذلته مملوك له ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين بعد أن القاضي أو دون أذنه في حالة الاستعجال . كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء دون إخلال في الحاليتين بحقه في التوفيق إذا كان له مقتضى » (١٨) .

ويتضح لنا من النص انه إذا التزم المدين بنقل حق عيني على شيء معين بالنوع فإن الأصل أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام اختياريا وذلك بالإفراز . ويكون الإفراز بوضع علامة على الشيء تميزه عن غيره . كما إذا كان الشيء من المتنوعات التي تتمتع بالنوع والمقدار فقط . كشراب ماء أرواب من قمح في مخزن . حيث يكون لفرازاها بوضع علامة تميز القمح المباع

---

CARBONIER (J.) : Droit civil, t. 4, Les obligations,

Paris, 1985, n. 4, p. 18-19

(١٨) راجع المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات الكويتي . الوحيد بخصوص التنفيذ المباشر

بتسليم منقول ، والمادة ٢٩١ بخصوص التنفيذ المباشر للالتزام بسيل أو امتناع .

عن غيره من التمتع . وإذا تم ذلك انتقل الحق العيني عليها من وقت الانفraz لان بالانفraz يصير الشيء معينا بالذات . اما اذا لم يتم المدين بالانفraz كان للدائن ان يلجأ الى التنفيذ العيني الجبري المباشر . ووسيلته في ذلك ان يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين . ولكنه يقتيد في ذلك بالحصول على إذن القاضي في الظروف العادية لكنه يتحرر من هذا القيد في حالة الاستعجال . وعلى ذلك ، فانه يجوز للدائن في المثال المتقدم ان يحصل على قدر مماثل للتمتع الذي لم يقضه المدين ، بشرائه على نفقة الأخير الذي يلتزم بالثمن ولو كان يزيد عن السعر الذي للزم البيع بمقتضاه . ولكن ذلك مشروط بحصوله على إذن القاضي قبل الشراء . اما في حالة الاستعجال كما لو كان الشيء المراد الحصول عليه أغذية لمرضى في مستشفى أو أدوية لهم فان الدائن في سعيه للحصول عليها على نفقة المدين يعفى من الاذن المذكور . وتتخيري في ضوء ما تقدم ، انه اذا حققنا للنظر في نص المادة ٢٨٥ وجدناه يعالج التنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني في اطار فرض واحد يكون محل هذا الالتزام فيه شيئاً معيناً بالنوع . ومن هنا يمكننا انقول بان المشرع المدني الكويتي يكون قد سلك بذلك مسلكاً مخالفاً لما درجت عليه التقنيات المدنية في هذا الصدد وبصفة خاصة التقنين المدني المصري . ذلك ان التقنين الأخير قد تصدى لكيفية التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحق للعيني في فرضين . الأول وفيه يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، اما الثاني فان محل الالتزام فيه يكون شيئاً معيناً بالنوع . وتناول الفرض الأول في المادة ٢٠٤ منه وتنص على ان « الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

وقد استبعد المشرع المدني الكويتي هذا الفرض وعلة الاستبعاد انه لا يوجد في الفرض الذي تناوله النص السابق أى التزام في حقيقة الأمر ، وانما ينتقل الحق بقوة القانون كآثر مباشر للسبب الذي من شأنه ان ينقل الحق<sup>(١٦)</sup> . ولذلك اقتصر على الالتزام بنقل حق عيني وكيفية

(١٦) راجع الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد . الكويت اليوم العدد ١٢٣٥ ، ١٩٨١/١/٥ ، السنة السابعة والعشرون ، ص ١٧٥ .



تنفيذه عينا اذا كان الشيء معينا بالانوع وذلك في المادة ٢٨٥ المذكورة من قبل ،  
وهي تقابل نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني المصري .

#### Obiligation de faire

#### ١٥ - ثانيا : الالتزام بعمل :

قد يلتزم المدين بالقيام بعمل ، والمقصود هنا العمل الإيجابي .  
مثل ذلك التزامه بالتسليم وبالحفاظة على الشيء . وكل منهما يتفرع عن  
الالتزام بنقل الحق المعيني ( م٢٨٦ مدني كويتي ) . وقد نصت الفقرة  
الأولى من المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي على انه : في الالتزام بعمل ،  
اذا لم يتم بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء في  
تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ، ( م١/٢٠٩  
مدني مصري ) .

والمعنى الواضح لذلك ، انه اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام  
بعمل ، فان الدائن يمكنه ان يلجأ الى إجباره على التنفيذ العيني ، ووسيلته  
في ذلك هي تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ولكن ذلك يفترض بالضرورة  
ان يكون للتنفيذ بهذه الوسيلة ممكنا على حد تعبير النص السابق . والامكان  
يعنى في نظرنا الا يكون العمل الذي التزم المدين بالقيام به أصلا وامتناع عنه  
يستوجب تدخل المدين شخصا في القيام به . أي يكون من الأعمال التي  
يمكن ان يقوم بها شخص آخر غير المدين . اذ في هذه الحالة فقط يكون  
التنفيذ العيني بالوسيلة السابقة ممكنا، حيث يمكن ان يقوم الدائن بالتنفيذ  
على نفقة المدين . وعلى ذلك فاذا كان القيام بالعمل يتطلب دخلا شخصا  
من المدين في القيام به فان للتنفيذ العيني بالوسيلة المذكورة يكون غير ممكن  
وليس امام الدائن سوى اللجوء الى التنفيذ الجبري بوسيلة غير مباشرة  
تتمثل في الغرامة للتهديدية على ما سنرى فيما بعد .

واذا كان للتنفيذ ممكنا على المعنى المتقدم للامكان ، فانه يتعين على  
الدائن وهو بسبيل اللجوء اليه ان يحصل على ترخيص من القاضي . ولكن  
يجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون هذا  
الترخيص ( م ٢٨٨٠ / مدني كويتي - م٢/٢٠٩ مدني مصري ) .

## ١٦ - وتطبيقا لكل ما تقدم :

( أ ) فانه اذا التزم مقاول باقامة بناء ولم يف بما التزم به كان للدائن ان يلجأ الى إجباره على التنفيذ العيني وذلك بقيامه بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين ، ما دام تنفيذ الالتزام لا يستوجب تدخل المدين شخصيا . ويكون ذلك بأن يعهد الدائن باقامة المبنى الى مقاول آخر ويتحمل المدين النفقات ولو كانت اكبر . كل ذلك يستلزم حصول الدائن على ترخيص مسبق من القضاء .

( ب ) أما اذا التزم المدين بالقيام بعمل يستوجب تحفظه شخصيا لما جار التنفيذ العيني بالوسيلة السابقة ، وليس امام الدائن الا طريق اللجوء الى التمهيدية كما لو كان محل الالتزام بالعمل تسليم شئ ، لا يعطى مكانه الا المدين بالتسليم .

( ج ) ويلاحظ ان الدائن في قيامه بالتنفيذ على نفقة المدين يمكن ان يتحرر من وجوب الحصول مسبقا على ترخيص من القضاء في حالة الاستعجال . كما لو أخل المؤجر بالتزامه باجراء الاصلاحات واقرميمات الضرورية . جاز للمستأجر ان يقوم بهذه الاصلاحات بنفسه ودون ترخيص من القضاء اذا كان هناك استعجال بحيث لا تحتمل الابطاء .

ويلاحظ انه في بعض حالات الالتزام بالقيام بعمل قد تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ . وقد تناول المشرع المدني الكويتي هذه الصورة من صور للتنفيذ العيني في المادة ٢٨٩ اذ قال :  
« يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (٢٠) .  
كما لو امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالتصديق على امضائه في عقد نبيع امام الموثق تمهيدا للتسجيل . فلا يكون امام الدائن الا اللجوء الى المحكمة واقامة دعوى صحة التعاقد على البائع . ومتى اصدر القاضي حكمه بصحة التعاقد كان الحكم كافيا لتقل الملكية بعد تسجيله ومن ثم يستغنى عن توثيق البائع .

---

(٢٠) يطبق نص المادة ٢١٠ من القانون المدني المصري . ويطلق النص الكويتي :  
ونص القانون المدني المصري الحالي في مصر ، نص المادة ٢٢٥ من مشروع قانون احكام  
الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية ونصها كالآتي : « يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا  
سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .



## ١٨ - مشروع نقنين احكام الشريعة الاسلاميه في العائلات الماليه في مصر والتنفيذ للعيني المباشر :

اولا : تناول المشروع كيفية التنفيذ العيني المباشر للالتزام في عدة صور  
تختلف تبعا لمحل هذا الالتزام .

ف نجد المشروع يتكلم عن التنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني  
على شيء معين بالذات في المادة ٢١٨ ونصها كالآتي : « الالتزام بنقل ملكية  
أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل  
الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إحلال بالتقواعد  
المتعلقة بالتسجيل » .

والنص يطابق المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري الحالي ، وكلاهما  
ليس له مقابل في القانون المدني الكويتي فقد اشرنا من قبل الى أن المشرع  
المدني للكويتي قد استبعد من نصوصه صورة التنفيذ للعيني المباشر  
للالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بالذات . وعلة الاستبعاد تقتل  
- على ما ذكرنا من قبل - في أنه لا يوجد في الفرض الذي تناوله نص المادة  
٢١٨ من المشروع ونص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري الحالي أي التزام  
في حقيقة الأمر وإنما ينتقل الحق بقوة القانون كأثر مباشر للسبب الذي  
من شأنه أن ينقل الحق .

ثانيا : اضافة الى الصورة السابقة ، تناول المشروع صورة أخرى للتنفيذ  
العيني المباشر وتتنطق بالالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بالفروع .  
وضمنها المادة ٢١٩ ونصها كالآتي :

١ - إذا ورد للزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،  
فلا ينتقل الحق إلا بالفراز هذا الشيء .

٢ - فإذا لم يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على  
شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه  
في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إحلال  
في الحاليتين بحقه في التمييز .

ونص هذه المادة من المشروع يطابق المادتين : ٢٠٥ من القانون  
المدني المصري الحالي ، المادة ٢٨٥ من القانون المدني الكويتي .

وقد عرضنا لدراسة للنصين فيما سبق .

**ثالثاً :** وقد عرض المشروع أيضاً ، وفي نطاق صورة ثالثة للتنفيذ  
العيني المباشر للالتزام بالقيام بعمل في المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ . والمادة الأولى  
يجرى نصها على النحو التالي :

« في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو لستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ  
الدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير الدين ، » .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٠٨ من القانون  
المدني المصري الحالي ويطابق : أيضاً - مع اختلاف في الألفاظ - نص للفقرة  
الثالثة من المادة ٣٩١ من القانون المدني الكويتي ونصها كالآتي :

« وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير الدين  
إذا نص الاتفاق أو استلزمت طبيعة الالتزام أن ينفذه الدين بنفسه ، » (٣) .

أما المادة ٢٢٢ من المشروع فنصها كالآتي :

١ - « في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم الدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن  
يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة الدين إذا كان هذا  
التنفيذ ممكناً » .

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة  
الدين دون ترخيص من القضاء » .

وهذا النص يطابق المادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري الحالي .  
كما يطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين  
الآخرين من قبل .

**وأبها :** إضافة إلى ما تقدم ، تناول المشروع الصورة الرابعة للتنفيذ  
العيني المباشر في المادة ٢٢٤ بخصوص الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل  
ونصها كالآتي :

---

(٢٢) ويلاحظ أن المشرع المدني الكويتي قد أورد النص المذكور بالفرن ( م . ٣٩١ ) في  
الفصل الأول ( الوفاء ) من الباب الخامس ( انقضاء الالتزام ) . ونود أن يبرز هنا أنه لم يرد في  
التطبيق على نص المادة ٢٢١ من المشروع المصري ما يشير إلى النص للكويتي ( م . ٢/٣٩١ )  
المقابل أو المطابق .

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل والتخل بهذا الالتزام » « نجاز للدائن  
أن يطلب إزالة ما وقع مخالفته للالتزام » « وله أن يطلب من القضاء توقيضا في  
أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين » .

« والنص يطابق المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري للجالي » ، كما  
يطابق المادة ٢٩١ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين الآخرين  
من قبل .

## الفرع الثاني

### التنفيذ العيني غير المباشر

#### ١٩ - وسائل التنفيذ العيني غير المباشر :

فكرنا أن التنفيذ العيني الجبري يتخذ - فيما يتعلق بكيفية وقوعه - صورة من اثنتين : فإما أن يكون مباشرا وقد عرضنا لذلك وأما أن يتم بوسائل غير مباشرة • إذ قد يتضمن لجوء الدائن إلى التنفيذ العيني المباشر مساسا بحرية المدين الشخصية وهذا غير جائز • ويحدث ذلك على وجه الخصوص إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه • ولا مناص في هذه الحالة من لجوء الدائن إلى وسائل غير مباشرة وصولا إلى إجبار المدين على التنفيذ العيني • فلذا لم تفلح لا يكون أمام الدائن إلا التنفيذ بطريق التعويض • وهذه الوسائل غير المباشرة قوامها تهديد المدين بأذى في جسمه أو ذمته المالية • وعلى ذلك فإن ثمة وسيلتين للتنفيذ للعيني غير المباشر • الأولى وتتمثل في الإكراه البدني أما الثانية فهي الغرامة للتهديدية • ونعرض لهما تباعا •

#### أولا : الإكراه البدني ( حبس المدين )

#### ٢٠ - تعريف :

يتمثل الإكراه البدني في حبس المدين لإجباره على تنفيذ التزامه عينا • وقد كان معروفا في القانون الروماني ، إذ كان للدائن حبس مدينه أو استرقاقه وحتى قتله<sup>(٢١)</sup> •

#### ٢١ - حبس المدين في الفقه الإسلامي :

السائد في الفقه الإسلامي جواز حبس المدين إذا امتنع عن الوفاء • فقد جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأناس « للحبس وهو مفسدة في حق المحبوس

---

MAZEAUD ( H. L. J. ) : « Leçons de droit civil » t. 2, 5<sup>éd</sup>,  
Paris, 1973, p. 916, n. 938.

( م ٣ - الالتزام )

لكنه جائز لمصالح ترجح على مفسحته وهي أنواع ..... منها : حبس الممتنع  
من دفع الحق الى مستحقه الجاء اليه وحملأ عليه ، (٢٦) .

وجاء في المغني أن « من وجب عليه حق فذكر أنه مصر به حبس الى أن  
يأتي ببينة تشهد عسره » ، (٢٧) ولعل في « ضوح حكم المادة ١٥٠٣ من  
مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ما يؤكد هذا ونصها  
كالآتي : « اذا مطل الدين رب الدين فشكاه أمره للحاكم بوفائه فان أبى حبسه  
وتجب تخليته اذا بان عساره » .

ويعتبر حبس الدين اذا امتنع عن الوفاء تطبيقا لقاعدة « للضرر الأشد  
يزال بالضرر الأخف » وقد تضمنتها المادة ٢٧ من مجلة الأحكام المحلية ،  
ولها أكثر من تطبيق في هذا المجال (٢٨) .

## ٢٢ - حبس الدين يفترض يساره :

يلاحظ أن حبس الدين يفترض ثبوت يساره ويكون ذلك « اذا امتنع  
عن أداء درهم واحد مع التقسدة على أدائه » ، (٢٩) ومفهوم ذلك أنه « لن ثبت  
عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره » ، (٣٠) .

(٢٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للإمام المحدث الفقيه سلطان الطماي أبي محمد  
عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام للعلمي ، دار الكتب العلمية ، بيروت الجزء الأول ،  
ص ١٠٠ .

ويقول ابن عابدين ، أن الحبس مشروع لقوله تعالى ( أو ينفوا من الأرض ) . والنفي  
يراد به الحبس . ( يتصرف ) . ولجس حاشية رد المختار ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ،  
ص ٣٧٦ . ويقول في ص ٣٧٩ : « ولذا ثبت الحق للمدعي ببينة عجل حبسه بطلب المدعي  
لظهور المثل بتركه والا يثبت ببينة بل بالقرار لم يعجل حبسه بل بإمره بالأداء » .

(٢٦) المغني ، للشيخ الإمام الصامدة موثق للدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد  
ابن قدامة على مختصر الخرقي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة جديدة بالأوفست ،  
١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ .

(٢٧) ومن فروع القاعدة الواردة بالمتن الاجبار على قضاء الدين والنفقات للواجبة  
ومن فروعهما أيضا حبس الأب اذا امتنع عن الاتحاق على ولده الصغير .

انظر ، سليم رستم بنار ، شرح المجلة ، للطبعة الثالثة ، الإستانة ١٣٠٥ هـ ، ص ٣١ .  
راجع أيضا : الاستبصار والنظائر للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجم ، دار الكتب العلمية ،  
بيروت ١٤٠٠٢ هـ - ١٩٨٠ م ، ص ٨٨ .

(٢٨) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مشار إليه فيما سبق ، الموقع السابق .

(٢٩) قواعد الأحكام في « مصالح الأنام » ، مشار إليه فيما سبق ، ج ١ ، ص ١٠٢ .



ونورد فيما يلي جانباً مما قاله فقهاء الشريعة في هذا الصدد .

يقول صاحب المغنى : « أن من وجب عليه دين حال فطوبى به ولم يؤد »  
نظر للحاكم فإن كان بيده مال ظاهر لزمه بالقضاء ..... وإن لم يجد له  
مالاً ظاهراً فادعى الإعسار ففسدته غريمه لم يحبس ..... ولأن الحبس  
أما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضائه دينه وعسرته ثابتة والقضاء متمتع  
فلا فائدة في الحبس ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم  
يعرف فإن عرف له مال ..... أو عرف له أصل مال ..... فالحق قول  
غريمه مع يمينه فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البيعة بإعساره » (٣٠) .

وقد أوجز صاحب كشف القناع هذا مقوله « فإن أبى من له مال  
يفى بدينه الحال للوفاء ، حبسه للحاكم » (٣١) .

ويقول ابن جزى في قوانين الأحكام الشرعية : « سجن للغريم على ثلاثة  
أنواع : الأول : سجن من ادعى العدم وجهلت حالته فيسجن حتى يثبت عدمه  
أو يعطى ضامناً بوجهه . الثاني : سجن من اتهم أنه أخى مالا وغيبه فإنه  
يسجن حتى يؤدي أو يثبت عدمه إلى أن يعطى ضامناً . الثالث : يسجن من  
أخذ أموال الناس وتعمد عليها وادعى للمحم فتيب كذبه فإنه يحبس أبداً  
حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن . وقال سحنون يضرب المرة بعد  
المرة حتى يؤدي أموال الناس ولا ينجيه من ذلك إلا الضمان بالمال » (٣٢) .

(٣٠) المغنى ، لابن قدامة ، مشار إليه فيما سبق ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ - ٥٠٣ -

راجع أيضاً ص ٤٨٨ .

(٣١) كشف القناع من متن الإقناع ، للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن  
أندريس البهوتي ، الجزء الثالث ، راجع وعلق عليه للشيخ حلال مصلي مصطفى حلال .  
للناشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض ، ص ٤١٩ . راجع أيضاً : ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

(٣٢) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٤٦ راجع من  
التعليقات في المملكة العربية السعودية في هذا الخصوص واشتراط ليسر لحبس المدين : تعميم  
سماحة رئيس القضاء رقم ٢٨٦ وتاريخ ١٣٧٩/٥/٢٣ : ١ - المدين إذا ثبت  
عسره ولم يقدر على وفاء شيء من دينه لم يطلب بالتسديد وحرم سجنه وملازمته ولا يلزم  
بإقامة كفيل عليه .... ، وللتعميم منشور بمجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التي تصدرها  
وزارة العدل بالمملكة - الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ ، فدرس للتعليمات الصادرة بتوقيع سماحة رئيس  
القضاء والموجودة بإدارة الوثائق والبحوث ، ص ١١٧ من المجموعة .

وتطبيقا لذلك نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر على أنه : إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو أجرة الحضانة أو الارضاع أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التي بدالرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . أما إذا نفذ المحكوم عليه ما حكم عليه به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية ، .

وللمنى الواضح لذلك أنه يشترط لحبس المدجن وصولا الى إجباره على التنفيذ العيني لالتزامه بالنفقة أن يمتنع عن التنفيذ والوفاء على الرغم من قدرته . وما ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أن الحبس لا يبرى ذمة المدجن ولا يغييه من الوفاء .

### ٢٣ - حبس الدين في قانون المرافعات الكويتي الجديد :

لستحدث قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد في دولة الكويت ، عدة قواعد في الباب الرابع من الكتاب الثالث منه ضمنها معالم وشروط محددة لحبس الدين في الدين ، وذلك في المادتين ٢٩٢ ، ٢٩٤ .

#### وفيما يتعلق بالحق المطلوب به :

أوجبت تلك القواعد أن يكون هذا الحق ثابتا بمقتضى حكم نهائي أو أمر أداء نهائي .

#### وفيما يتعلق بالمدين المطلوب الحكم بحبسه :

يتعين من جهة أن يكون هذا المدين قد امتنع عن أداء تنفيذ الحكم أو الأمر رغم قدرته على الوفاء بحيث لا يجوز الأمر بحبسه إذا لم يكن قادرا على الوفاء ولو كان للدائن قد حصل ضده على حكم نهائي أو أمر أداء قدرة المدين على الوفاء ، بل يجب فوق ذلك أن تكون قدرته تلك مستندة الى اموال مما يجوز الحجز عليها . ويتعين من جهة أخرى ألا يكون المدين قد جاوز في عمره الخامسة والستين . ويمتنع الأمر بحبس المدين إذا كان له أولاد لم يبلغوا الخامسة عشر عاما وكان زوجه متوفى أو محبوسا لأي سبب .

ويجب من جهة رابعة ألا يكون المطلوب حبسه زوجا للدائن أو من أصوله أو فروعه ما لم يكن للدين نفقة مقررة . ويتعين من جهة خامسة ألا يكون المدين قد سبق أن صدر أمر بحبسه عن ذات الدين ولو في مدة الحبس .

## وبخصوص مدة الحبس :

اشترطت المادة ٢٩٢ ألا تزيد على ستة أشهر • وقد تناول المشرع في المادة ٢٩٦ مستقطات الأمر بالحبس وهي كما يلي :

- ( أ ) موافقة الدائن كتابة على إسقاط الأمر •
- ( ب ) انقضاء التزام المدين الذي صدر الأمر لاقتضائه •
- ( ج ) إذا تخلف شرط من شروط الأمر أو تحقق مانع من موانع إصداره •

## ثانيا : الغرامة التمهيدية

### LES ASTREINTES

## ٢٤ - تمهيد :

ذكرنا أن وسائل التنفيذ العيني غير المباشر تتبني على تهديد المدين بأذى في جسمه أو في ماله • وعن الأذى في المال ، فانه يكون بتهديد المدين بدفع مبلغ نقدي إذا لم ينفذ التزامه وهو ما يطلق عليه الغرامة التمهيدية •

والغرامة التمهيدية على هذا النحو عبارة عن مبلغ نقدي يحكم القاضي على المدين بأدائه عن كل فترة زمنية أو اسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه عينا بحد الأجل الذي حدده الحكم لهذا التنفيذ<sup>(٣٢)</sup> •

وبمقارنة الحكم بالغرامة التمهيدية مع الحبس يلوح أمامنا لتفاسق بينهما يجسده انهما من وسائل للتنفيذ العيني الجبري غير المباشر • ومع ذلك تختلف هذه الغرامة في أنها تصيب مال المدين على حين نجد الحبس يصيب جسمه لذا فانه استثناء ونادر قانونا وعملا •

---

(٣٢) راجع عبد الحميد فرج الصمد ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٥ ، الجزء الأول ، رقم ٢١ ص ٢٨ - ٢٩ • محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢١٨ ، ص ٢٠٢ •

## ٢٥ - شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

في ضوء المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي<sup>(٢٤)</sup> .

يمكننا القول بأن الحكم بالغرامة التهديدية يستلزم توافر الشروط الآتية :

### ٢٦ - الشرط الأول : أن يوجد التزام يمكن تنفيذه عينا :

وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية . إذ لا يمكن اللجوء إليها ولا يوجد التزام . وبناء على ذلك لا يجوز أن تستخدم لإجبار خصم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لأنه لا يوجد على عاتقه التزام بهذا المعنى<sup>(٢٥)</sup> .

إلا أن وجود الالتزام لا يكفي في ذاته للحكم بالغرامة التهديدية بل يجب شوق ذلك أن يكون تنفيذه عينا أمرا ممكنا .

وعلى ذلك ، فإنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا ، سواء كانت الاستحالة بفعل المدين أو بسبب أجنبي فإنه لا يجوز للدائن اللجوء إلى الحكم بهذه الغرامة . وهذا منطقي . إذ في لجوء الدائن إليه ما يتطع برغبته في الوصول إلى تنفيذ الالتزام وهي رغبة لا يستجيب لها كون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا . ولا يغيب عن البال - بطبيعة الحال - أن الفرض امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام رغم إمكان تنفيذه عينا . إذ هو سبب لجوء الدائن إلى الغرامة التهديدية .

---

(٢٤) والمادة ٢٩٢ مدني كويتي نصها كالآتي :

١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يطلب للحكم بإلزام المدين بهذا للتنفيذ وينسخ غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

٢ - وإذا رأت المحكمة أن مقدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحصل المدين على التنفيذ ، جاز لها أن تزيد في الغرامة كلما رأت داعيا للزيادة .

٣ - إذا تم للتنفيذ المعنى ، أو أمر المدين على عدم التنفيذ ، حددت المحكمة مقدار التصويض الذي يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو للتأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن ولحقت الذي بدأ من المدين .

والنص بفقرته الثلاث يطبق المادتين ٢٩٣ ، ٢٩٤ من القانون المدني المصري .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 672, p. 694.

(٢٥)

٢٧ - الشرط الثاني : ان يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن او غير ملائم  
الا اذا قام به المدين :

٢٥ - لا يكفي لاستخدام الحكم بالفرامة التهديدية ان يوجد للالتزام  
يمكن تنفيذه عينا ، بل يشترط اضافته الى ذلك ان يكون التنفيذ العيني لهذا  
الالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه . وتفسير ذلك انه اذا كان  
التنفيذ العيني للالتزام ممكنا دون تدخل المدين شخصا كما يحدث في حالة  
تنفيذ الدائن الالتزام عينا على نفقة المدين على نحو ما ذكرت من قبل ،  
فليس من شك في ان ذلك اسرع واكثر جدوى للدائن الامر الذي يفتنى معه  
اي مبرر لاستخدام الحكم بالفرامة التهديدية .

ومن هنا يمكننا للقول ، بان اهمية هذا الشرط لا تكمن فقط في انه  
يجب بقتوانه - الى جانب الشروط الأخرى - اللجوء الى الحكم بالفرامة  
التهديدية وصولا الى التنفيذ العيني الجبري بل ان اهميته تظهر ايضا اذا  
اдрكنا انه يحدد في الواقع النطاق للعملي لاستخدام هذه الفرامة كوسيلة  
غير مباشرة للتنفيذ العيني . اذ الحكم بها لا يوصل الى اي تنفيذ لاي الالتزام  
ولكن الى تنفيذ عيني للالتزام ثبت عدم امكان تنفيذه كذلك الا بتدخل المدين  
نفسه . او على الأقل ثبت ان تنفيذه عينا دون تدخل المدين يكون غير ملائم .  
وبعبارة أخرى فان مؤدى هذا الشرط حيث قيمته الحقيقية ان الفرامة التهديدية  
باعتبارها وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني يلجأ اليها اذا  
كان التنفيذ العيني يقتضى ان يقوم به المدين شخصا اما لأنه غير ممكن او  
لأنه غير ملائم الا اذا قام به نفسه .

وعلى سبيل المثال ، فان التنفيذ العيني للالتزام يكون غير ممكن الا  
بتدخل المدين شخصا اذا كان محل هذا الالتزام تسليم شيء لا يعلم  
مكانه الا هذا المدين . كما لو التزم مفن بالغناء وحقل .

ويلاحظ ان عدم ملائمة التنفيذ العيني الا اذا قام به المدين نفسه انما  
تفتح الباب امام استخدام الفرامة التهديدية ولو كان هذا التنفيذ العيني ممكنا  
دون تدخل المدين . اذ يتصور ان يكون التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل  
المدين شخصا ومع ذلك يكون غير ملائم . وعلى نحو المثال السابق يمكن  
ان يقوم بالغناء مطرب آخر وان كان ذلك غير ملائم .

اذا ما توافر الشرطان كان للدائن ان يطلب للحكم بالفرامة التهديدية .  
فلا يجوز للمحكمة ان تقضى بها من تلقا نفسه دون طلب الدائن وهو ما  
وجهه للسلامة السنهوري . ويرى ان للمحكمة سلطة تقديرية في ان تجيب

الدائن الى طلبه أولا تجيبه عليه . فالحكم بالغرامة - على فرض توافر شروطها - مسألة موضوعية ، وان كان بحث توافر الشروط مسألة قانونية (٣٦) .

## ٢٨ - طبيعة للحكم بالغرامة التهديدية :

رابعا ان الحكم بالغرامة للتهديدية وسيلة غير مباشرة لاجبار المدين على للتنفيذ العيني . وفي حالة صدور الحكم بها فاما ان يمثل المدين ويقوم بتنفيذ الالتزام عينا ويكون للحكم بالغرامة قد حقق للهدف منه واما ان يمتنع المدين عن التنفيذ العيني ويستمر في عتقه . وفي هذا للفرض الثاني ليس امام الدائن - حيال اصرار المدين - الا طلب للتنفيذ بمقابل اى بطريق للتصويض . ومن ثم فان الحكم بالغرامة يصبح عديم الفائدة وللجوى . لان الدائن لا يستطيع ان ينفذه باعتباره حكما في ذاته .

وفي ضوء ذلك ، يمكننا القول اجمالا - تحديدا لطبيعة للحكم بالغرامة التهديدية - انه مجرد وسيلة تهديدية ومؤقتة ولا يمكن تنفيذه باعتباره حكما في ذاته . ونفصل ما اجملنا :

## ٢٩ - ١ - ان الحكم بالغرامة وسيلة تهديدية : Comminatoire

٢٧ - ومؤدى ذلك ان الفرض من هذا الحكم لا يتجاوز لرهاب المدين لحمله على للتنفيذ العيني . ولذا فان تقدير مبلغ الغرامة يكون تحكيميا arbitraire لا يراعى القاضى فيه ما اصاب الدائن من ضرر من جراء عدم التنفيذ وانما ياخذ في اعتباره المركز المالى للمدين ومدى تعنته (٣٧) . وفي هذا للصدد يمكن القول بان الغرامة التهديدية تختلف عن التصويض . فالفرض من التصويض هو اصلاح الضرر اما الغرامة فتروى الى التهديد . كذلك فانه بخصوص كيفية حساب المبلغ المحكوم به يختلف اساس هذا للحساب فيهما . ففى التصويض يراعى القاضى في الحكم به ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب وهذا يختلف عما يراعى للقاضى في حكم الغرامة كما رأينا .

---

(٣٦) راجع ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، مشار اليه من قبل ، ص ٨١٢ ، رقم

٤٥١ - وقد عرض لراى آخر المرحوم الدكتور اسماعيل طائف ومؤداه انه ليس شمة ما يمنع من ان تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية اذا وجدت ان شروطها متوافرة .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 897, n. 674.

٣٠ - ٢ - أن الحكم بالفراغة التمهيدية حكم مؤقت : Provisoire

٢٨ - ما دام اللاحق من الحكم بالفراغة لمراتب المحين لحمله على التنفيذ ، فإن مصر هذا الحكم الى التصفية النهائية هو أمر حتمي (٣٧) وهذا مراد التأميت . ومؤدى ذلك أن الحكم بالفراغة التمهيدية ينفذ متى اتخذ المحين موقفاً نهائياً أما بالتنفيذ أو الإصرار على عدم التنفيذ فيعيد القاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع . فإن كان المحين قد نفذ بالقاضي لا يحكم عليه إلا بتعويض عن التأخير في التنفيذ ، وإذا أصر المحين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعى القاضي في الحالين ما لحق الدائن من ضرر كما يراعى ما يكون قد بدأ من المحين من عنت (٣٨) ، ( م . ٢٩٢ / ٣ معنى كويتى - - م . ٢١٤ معنى مصرى ) .

٣١ - ٣ - أن الحكم بالفراغة التمهيدية غير قابل للتنفيذ باعتباره حكماً في ذاته :

٢٩ - لما كان الحكم بالفراغة التمهيدية حكماً مؤقتاً وتبعاً لذلك يوجب على الدائن الانتظار حتى يتضح الموقف النهائي للمدين على نحو ما ذكرنا ، فإن الدائن المحكوم له لا يستطيع تنفيذ حكم الفراغة في ذاته ضد هذا المحين مطالباً بإرغامه على الوفاء بمبلغ للفراغة ، فلا يجوز للدائن مثلاً أن يوقع حجزاً على أموال المحين ليصل بذلك الى بيعها بالزاد العلنى لاستيفاء قيمة للفراغة - كحق له - من الثمن الناتج .

٣٢ - مشروع تقنين احكام للشريعة الاسلامية في المعاملات المالية في مصر والتنفيذ العيني غير المباشر :

لم يعرض المشروع للوسيلة الأولى من وسائل التنفيذ العينية غير المباشر وهي حبس المحين . ويتفق في ذلك مع القانون المحنى المصرى النحالى وكذا القانون المحنى الكويتى . مع ملاحظة ما جاء به قانون المرافعات الكويتى الجديد من احكام بشأن حبس المحين ، وقد اشرنا اليها في حينه .

---

MARTY et RAYNAUD : op, cit., p. 700, n. 679. (٣٧)

MAZEAUD ( H. L. J. ) : «lecons de droit c'vil», t. 1, Paris (٣٨)  
1972, p. 388, n. 359.

أما بالنسبة للوسيلة الثانية ، فعنى التمهيد المالى ، فقد تناولها  
المشروع فى المادة ٢٢٦ ونصها كالآتى :

د ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينيا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا  
قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا  
التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك .

٢ - وإذا رأى للقاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين  
الممتنع عن للتنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

٣ - وإذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد  
القاضى مقدار التصويض الذى يلزم به المدين مراعىا فى ذلك للضرر الذى أصاب  
الدائن والى ذلك بدا من المدين ، .

والنص يطابق المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المحلى المصرى  
الحالى . كما يطابق المادة ٢٩٢ من القانون المحلى الكويتى وتم  
عرضنا لها .



## المبحث الثانى

### الالتزام الطبيعى

L' obligation naturelle

٣٣ - تعريف :

المعنا من قبل ان الالتزام يتحلل الى عنصرين هما الديونية والمسئولية . ومقتضى الديونية ان ثمة واجبا قانونيا على الدين بالوفاء . اما المسئولية فانها تتحرك فى حالة عدم قيام الدين بالوفاء مختارا وتمكن للدائن من إجباره على ذلك . والاصل كما ذكرنا هو الوفاء اى للتنفيذ الاختيارى . والاصل ايضا ان الالتزام يتضمن العنصرين مما يطلق عليه الالتزام المعنى . لكن يتصور تخلف عنصر المسئولية دون الديونية وفى هذه الحالة يكون الالتزام طبيعيا .

وعلى هذا النحو ، فان الالتزام الطبيعى هو التزام قوامه عنصر الديونية ويتخلف فيه عنصر المسئولية . ومؤدى ذلك انه اذا كان الدين به ملتزما بالوفاء فانه لا يمكن إجباره عليه (٣٦) . وبعبارة أخرى ، فان الالتزام الطبيعى يقبل التنفيذ الاختيارى لأن ثمة واجبا قانونيا بالوفاء يتضمن عنصر الديونية الذى ينطوى عليه ولكنه لا يقبل التنفيذ للجبرى لتخلف عنصر المسئولية .

٣٤ - ماهية الالتزام الطبيعى وصورة :

لقد تنازع المسألة اتجاهان فى الفقه :

---

SAVATIER (R.) : « la théorie des obligations », 36d, Dalloz, (٣٩)

Paris, 1974, n. 259, p. 318.

### ٣٥ - الاتجاه الاول : النظرية التطهيرية :

لقد نشأت هذه النظرية بفكرها في رحاب القانون الروماني واعتنقها الفقه الفرنسي في القرن التاسع عشر ويرى انصارها أن الالتزام الطبيعي لا يعدو كونه التزاما مدنيا انقضى أو انحل  
les auteurs  
de l'école classique, Consideraient l'obligation naturelle comme une obligation civile avortée ou dégénérée.

وفي هذا الاطار تتحدد صور الالتزام الطبيعي باثنتين . الصورة (١) الاولى وفيها يتولد الالتزام الطبيعي عن التزام مدني نشأ من قبل ولكن حال مانع قانوني دون ترتيب آثاره . مثال ذلك الالتزام الطبيعي الذي يتولد في ذمة القاصر عن ابطال للزام مدني نشأ عن عقد أبرمه . أما الصورة الثانية ، فتقسم التزملا طبيعيا تولد عن للزام مدني نشأ وانقضى . فالللتزام المدني الذي ينقضى بالتقادم مثلا يخلف وراءه اللتزاما طبيعيا .

ويؤخذ على هذه النظرية انها ، وقد حصرت صور اللزام الطبيعي في اللتزامات مدنية قامت عقبة قانونية أمام نشوئها فمنعته أو أمام استمرار بقائها بعد نشوئها فزالته ، تكون قد ضيقت من نطاق فكرة هذا اللتزام ، وهي أكثر اتساعا من ذلك .

### ٣٦ - الاتجاه الثاني - النظرية الحديثة (١) :

ويرى انصارها في اللتزام الطبيعي واجبا أدبيا أو خلقيا  
يعترف له القانون ببعض الآثار .

ومعنى ذلك ان فكرة اللتزام الطبيعي يتسع نطاقها في هذه النظرية . اذ لا تنحصر صورها فقط في الحالات التي يحول فيها مانع قانوني من نشوء اللتزام مدني أو من استمرار بقائه بعد نشوئه ولكنها تشمل ايضا الحالات التي يرقى فيها الواجب الخلقى الى درجة تقربه من منطقة القانوني . فلو سقط اللتزام المدني بالتقادم تولد عنه اللتزام طبيعي نحواه قيام المدين بالوفاء اختيارا . ومعنى ذلك أن ثمة واجبا أدبيا لدى المدين يحثه على هذا الوفاء .

BOUT : op. cit., n. 22 ets.

(٤٠) راجع :

راجع ايضا : انور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ١٤٨ ، ص ١٢١ - ١٢٢ - عبد الحميد  
ترج الصدق ، المرجع السابق ، رقم ٧ ، ص ٨ .

BOUT (R.) : « obligation naturelle », rép de dr. civ., t. v, 1979,  
n. 16 et S.

MAZEAUD : op. cit., p. 389, n. 361.

(٤١)

ومؤدى ذلك ان الالتزام الطبيعى في مرحلة وسطى بين الالتزام المحنى والواجب الادبى فلم يحصل الى درجة الالتزام المحنى لانه لا يمكن اجبار الدين به على الوفاء وقد تجاوز في نفس الوقت للوجب الادبى ، ومظهر ذلك ان الوفاء به ليس من قبيل التبرع ، فهو يسمو على الواجب الاول ولا يرتقى الى مستوى الالتزام المحنى . وقد اخذ بهذا الاتجاه للفقه والقضاء الحديث وكذا التشريعات الحديثة مثل التشريع الاسمانى والسويسرى .

### ٣٧ - حالات الالتزام الطبيعى وتطبيقاته :

اذا لم ينص المشرع على وجود الالتزام الطبيعى ، فان الامر يتروك لتقدير القاضى وفقا لقيود معينة . ونتكلم عن هذه الحالات ثم نتناول بعض تطبيقات الالتزام الطبيعى .

### ٣٨ - حالات الالتزام الطبيعى :

قد ينص الشرع على بعض صور الالتزام الطبيعى مثال ذلك ما جاء في المادة ١/٢٨٦ من مسمى مصرى اذ قالت « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومسح ذلك يتخلف في ذمة الدين للزام طبيعى ، والمعنى الواضح للنص قاطع في نشوء اللزام طبيعى كآثر لانقضاء الالتزام المحنى بالتقادم<sup>(٤٢)</sup> » .

واذا لم ينص المشرع على صورة للالتزام الطبيعى فان الامر يتروك لتقدير القاضى . وقد نصت على المادة ٢٨١ مسمى كويتى ( م ٢٠٠ ) مسمى مصرى ( بقولها « يتصدر للقضى عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى للزاما طبيعيا ، مراعى في ذلك للوعى العام في الجماعة ، وفي كل حال لا يجوز ان يقوم اللزام طبيعى ومخالف للنظام العام » ،

(٤٢) يلاحظ ان القانون المحنى للكويتى قد اخذ بالتقادم ( مرور الزمن ) باعتباره مانعا من سماع الدعوى بالحق ، دون ان يكون مؤديا الى سقوطه ( م ٤٢٨ - ٤٥٨ ) . وذلك جريا على احكام الفقه الاسمانى في هذا الشأن . وهو المسك الذى لتبمه مشروع تقنين احكام التريعة الاسلامية في المعاملات في مصر ( م ٣٦٤ - ٣٧٦ ) . وسوف نعرض لحكم مرور الزمن بالتفصيل فيما بعد . وقد نصت المادة ٣٧٧ من هذا المشروع على ما ياتى « لا ينقض الحق بمرور الزمن » . فاذا اقر الدين بالحق امل القضاء اخذ بقراره ، واذا انكر الدين للحق ،

فلم تسمح للدعوى ضده ، تخلف في ذمته للزام طبيعى » .

ويتضح لنا من ذلك انه اذا لم ينص المشرع على وجود التزام طبيعى ، كان للقاضى سلطة تقدير وجود هذا الالتزام من عدمه . وهو فى ذلك يخضع لتقديرين : الأول يوجب على القاضى التأكد من وجود واجب ادبى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى اما الثانى فيمنع القاضى من اعتبار اللوجب الادبى للالتزام طبيعيا ما دام يخالف النظام العام .

وعلى ما تقدم فان حالات الالتزام الطبيعى قد تكون تشريعية او قضائية .

### ٣٩ - تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعى :

نظرا لصعوبة حصر هذه التطبيقات ، نسوق بعضا منها وتنتمى فى مجموعها الى فكرة الواجب الادبى الذى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى وجوب الوفاء به .

من ذلك واجب تعويض الغير عما أصابه من ضرر على الرغم من عدم توافر اركان المسؤولية . وواجب عدم الاثراء على حساب الغير ولو لم تتوافر شروط الغبن وواجب مساعدة القريبى الذين لا تجب نفقتهم قانونا وواجب الاعتساف بالجميل ومجازاة صاحبه . كمن يهب للطبيب مبلغا لانه انقذ حياته .

### ٤٠ - آثار الالتزام الطبيعى :

بادئ ذي بدء ان الالتزام الطبيعى ينقصه عنصر المسؤولية ومن ثم فلا جبر فى تنفيذه . اذ ان هذا التنفيذ مناطه اختيار المدين . وفى ضوء ذلك يمكننا ان نلخص آثار الالتزام الطبيعى فيما يلى :

**أولا :** ان تنفيذ المدين للالتزام الطبيعى يعد وفاء لحدين وليس تبرعا . ومؤدى ذلك ان المدين لا يمكنه ان يسترد ما اداء على انه وفاء للالتزام طبيعى ( م ٢٨٢ معنى كويتى - م ٢٠١ معنى مصرى ) .

**ثانياً :** ان الالتزام الطبيعى يصلح سببا لنشوء التزام معنى ( م ٢٨٣ معنى كويتى - م ٢٠٢ معنى مصرى ) . وتفسير ذلك انه اذا تعهد المدين بالوفاء بالالتزام طبيعى فان تعهده يكون صحيحا ويقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب . ويشترط لصحة التمهيد المذكور ان يكون المدين قد قصد ان يلزم نفسه بالالتزام .

خلا ما تقدم ، فلا تترتب على الالتزام الطبيعي أى آثار أخرى . فلا يمكن أن تقع مقاصة بين الالتزام معنى فالمقاصة تنبنى على وفاء قهرى والوفاء بالالتزام الطبيعي لا يكون الا اختياريا لتخلف عنصر المسؤولية فيه . كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي . إذ للكفالة للالتزام تابع وغير منطقي أن تكون اقوى من الالتزام الاصلى أى الالتزام الطبيعي وهو الالتزام للكفول (٢٣) .

#### ٤١ - مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية في مصر وفكرة الالتزام الطبيعي :

اولا : جاءت احكام لا للالتزام الطبيعي في المشروع على غرار احكامه في القانون المهنى المصرى الحالى والقانون المهنى الكويتى .

وقد استهل المشروع هذه الاحكام بحكم في الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ بخصوص عدم تنفيذ الالتزام الطبيعي تنفيذا جبريا . وقد انضأ الى هذا الحكم من قبل واشرنا الى ما يطالبه من نصوص للقانون المهنى المصرى الحالى والقانون المهنى الكويتى .

ثانيا : وقد عرض المشروع في المادة ٢١١ لحالات الالتزام الطبيعي ونصها كالآتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى ، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم للالتزام طبيعى يخالف النظام العام » .

والنص يطابق المادة ٢٠٠ من القانون المهنى المصرى الحالى . كما يطابق المادة ٢٨١ من القانون المهنى الكويتى وهى مستمدة من النص المصرى الحالى مع اختلاف طفيف فى الالفاظ . وتقديرى ، ان النص للكويتى اكثر دقة ووضوحا بصياغته . وسبب الوضوح عبارة وردت به خلا منها النص المصرى الحالى ونص المشروع . فالنص للكويتى قال « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزملا طبيعيا » ، والعبارة التى نعينها « متى يعتبر الواجب الادبى » . ومظهر للوضوح أن العبارة تشير الى أن النص الكويتى قد اخذ فى فكرته الالتزام الطبيعى بالنظرية الحديثة التى ترى من الالتزام الطبيعى واجبا ادبيا يعترف له القانون ببعض الآثار على ما ذكرت من قبل بصدد شرح هذه النظرية . وعلى أية حال فان نص المشروع قد قسم حالات الالتزام الطبيعى الى حالات تشريعية وأخرى قضائية . والقاضى يقدر وجود الالتزام الطبيعى عند انعدام النص ويخضع فى ذلك لتقديريهما :

التقيد الاول : للتأكد من وجود واجب ادبى يرقى فى للوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى .

**التقيد الثاني :** ويضع للقاضي من اعتبار للواجب الأدنى التزاماً طبيعياً ما دام يخالف النظام العام وحري بنا أن نشير إلى ملاحظة بشأن التقيد الأول ومؤداها : أن المشرع المدني الكويتي قد نص على هذا التقيد صراحة في المادة ٢٨٨ من القانون المدني هناك ، وقد سلك هذا المسلك مشروع القانون المدني المصري الجديد في المادة ٢١١ سالفة الذكر .

ويبقى مع ذلك أن نبرز - وهنا تظهر أهمية الملاحظة - أن النص الحالي للقانون المدني المصري ( م ٤٠٠ ) لم ينص صراحة على هذا التقيد وأن نص على التقيد الثاني بخصوص النظام العام . وإن كنا نعتقد أن عدم النص ربما يكون بالنسبة لتقيد للنظام العام - دون التقيد الأول - لبدايته .

**ثالثاً :** وعن آثار الالتزام الطبيعى ، فقد نصت المادة ٢١٢ من المشروع على أنه إذا وفى الدين باختياره التزاماً طبيعياً صح وفاؤه فلا يجوز له أن يسترد ما آداه . ومعنى ذلك أن تنفيذ الالتزام الطبيعى يبعد وفاء وليس تبرعاً . ومؤدى ذلك أن الدين لا يمكنه أن يسترد ما آداه . والنص يطابق المادة ٢٠١ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق المادة ٢٨٢ من القانون المدني الكويتي . إضافة إلى ذلك نصت المادة ٢١٣ من المشروع على ما يأتى « يصلح الالتزام الطبيعى سبباً للالتزام مدنى » .

فلو تعهد الدين بالوفاء بالالتزام طبيعى كان التعهد صحيحاً ، ويقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب . ويشترط أن يكون الدين قد قصد أن يلزم نفسه بالالتزام . والنص يطابق المادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق المادة ٢٨٣ من القانون المدني الكويتي .

#### ٤٢ - الالتزام الطبيعى في الفقه الإسلامى :

إن التطبيقات كثيرة وقاطعة للدلالة على أن فكرة الالتزام الطبيعى لم تعدم وجودها في الفقه الإسلامى . ونسوق على سبيل المثال لا الحصر تطبيقين : أولهما في مجال التقادم وثانيهما في مجال منافع الفصص - وضمانها .

**التطبيق الأول :** في مجال التقادم : ونصت عليه المادة ١٩٥ من مرسوم الحيران<sup>(٤٤)</sup> في عجزها إذ قالت « ..... لا تسمع دعوى الدين على الدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وإن لم يسقط للحق بمرور الزمان » .

---

(٤٤) كتاب مرسوم الحيران إلى معرفة أصول الإنسان في المسائل الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان . محمد تحري باشا ، الطبعة الثالثة ، بالمطبعة الأميرية بدمر ، سنة ١٩٠٩ .

ومفهوم ذلك أنه على الرغم من عدم جواز سماع دعوى الدين على  
المدين بعد مضي خمس عشرة سنة ، فإن الحق لا يسقط بتقادم الزمن .  
ومعنى ذلك ببساطة أنه إذا قام المدين بالوفاء كان وفاء صحيحا بدین . وليس  
من شك في أن ذلك يجسد فكرة الالتزام الطبيعي .

وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية  
بقبولها « لا يسقط الحق بتقادم الزمان فإذا أقر المدعي عليه واعترف  
صراحة في حضور الحاكم بأن حق المدعي عنده في الحال على الوجه الذي  
يدعيه وكان قد مر الزمان على الدعوى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب  
أقرار المدعي عليه » .

وعلى ذلك ، فإنه إذا أقر المدعي عليه بالحق في ذمته رغم مرور  
الزمان . فلا يعتبر مرور الزمان هذا ، ويحكم بإقراره ، وإذا قام بالوفاء كان  
وفاء صحيحا<sup>(٤٥)</sup> ، وليس من شك في أن ذلك يتضمن الفكرة التي يقوم عليها  
الالتزام الطبيعي .

٤٣ - وقد أخذ التقنين المدني الجديد في الكويت بأحكام الفقه  
الإسلامي السابقة ( م . ٤٣٨ وما بعدها ) فالحق لا ينقضي ولا يسقط بتقادم  
الزمان وإنما يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق .  
وعدم سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وإنما هو مجرد  
منع التقاضي من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر به الخصم  
لزما ، ومنع سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضائه  
بالزمان والمكان وللخصومة<sup>(٤٦)</sup> وقد أخذ مشروع تقنين أحكام الشريعة  
الإسلامية في المعاملات في مصر بهذا الاتجاه أيضا وقصر أثر مرور الزمن  
على سقوط الدعوى بالحق دون أن يؤدي إلى سقوط الحق ذاته<sup>(٤٧)</sup> .

(٤٥) راجع في تطبيقات أخرى لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي مسبحي  
محضاني ، النظرية العامة للموجبات والقيود في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية بيروت  
١٩٧٢ م ، ج ٢ ص ٣٦٦ - ٥٣٩ - زهدى يكن ، شرح قانون الموجبات والقيود ، الطبعة  
الثانية ، بيروت ج ٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ - ٩٦ .

(٤٦) راجع ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد .  
راجع أيضا حكم المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية .

وسوف نتناول أحكام مرور الزمان تفصيلا فيما بعد وذلك في الباب الأخير من هذه  
الدراسة وقد خصصناه لبحث أسباب انقضاء الالتزام . وبحلول أن نبرز من خلال هذه  
الدراسة أحكام مرور الزمن ( التقادم ) في الفقه الإسلامي .

(٤٧) راجع المادة ٣٦٤ وما بعدها من المشروع . وسوف نعرض لها فيما بعد  
في الباب الأخير من هذه الدراسة .

#### ٤٤ - التطبيق الثاني : في مجال منافع النصب وضمانها :

إضافة إلى ما تقدم ، نجد تطبيقاً آخر لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي - الحنفى منه بصفة خاصة - ويتعلق بمضمون ضمان المنافع في الغصب في هذا الذنب . فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « منافع الغصب لا تضمن إلا في ثلاث : مال لليتيم ومثل الوقت والمدة للاستقلال »<sup>(٤٨)</sup> وورد به أيضاً ، وفي موقع آخر « أجرة الغاصب ورد إرجتها إلى المالك تطيب له »<sup>(٤٩)</sup> . وجاء في حاشية رد المختار لابن عابدين أيضاً ما يلي :

« منافع الغصب استوفاهما أو عطلها فانها لا تضمن عندها ..... إلا في ثلاث ..... كذا في الأشباه »<sup>(٥٠)</sup> وجاء أيضاً في تكملة الحاشية سائلة الفكر ما يأتي : « ولو غصب داراً معدة للاستقلال أو موقوفة أو ليتيم وسكنتها المستأجر يلزمه المسمى لا أجر المثل قيل له وهل يلزم الغاصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتب لا ولكن يرد ما قبض على المالك وهو الأولي : ثم سئل : يلزم المسمى للمالك أم للعائد ؟ فقال : للعائد ، ولا يطيب له بل يرده على المالك ، وعن أبي يوسف يتصدق به »<sup>(٥١)</sup> .

ونستخلص من كل ذلك ، أن المنافع - منافع الغصب - لا تضمن عند الاصناف . وهم يجطلون الأجرة - أجرة المنصوب - للغاصب لأنه العائد . لكن لا يطيب له الاحتفاظ بها لنفسه . بل يردّها إلى المالك أو يتصدق بها . وهذه الأفكار تتضمن فكرة الالتزام الطبيعي . فهناك التزام في ذمة الغاصب بأن يرد أجرة المنصوب إلى المنصوب منه ، وهو التزام طبيعي . فإن رد الأجرة فللمالك أن يأخذها لأنها حقّه . فإذا لم يردّها فانها لا تطيب له ويجب أن يتصدق بها على قول أبي يوسف .

(٤٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٨٤ .

عكس ذلك : الضابطه . اذ نصت المادة ١٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « منافع المنصوب مضمونة ..... ، الشافعية : راجع المذهب للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ .

(٤٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٨٥ .

(٥٠) حاشية رد المختار لمحمد أمين الشهابي باب عابدين ، مشار إليه من قبل ، الجزء

السادس ، ص ٢٠٦ .

(٥١) راجع تكملة حاشية ابن عابدين . ولادة حاشية رد المختار وتالية له وهي لنجل

مؤلفها . وقد سبق الإشارة إليه ، الجزء السادس ، ص ٢٠٩ .



## الفصل الثاني

### التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

#### EXÉCUTION PAR EQUIVALENT

٤٥ - تمهيد وتقسيم :

راينا ان المحين اذا لم ينفذ التزامه مختارا كان للدائن ان يجبره على ذلك ، ولما كان الأصل ان يؤدي المحين عين ما التزم به ، فان الاجبار ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العيني الجبرى .

ومر بنا ايضا انه ليس كل التزام يصلح للتنفيذ العيني الجبرى وانما يصلح منه لذلك الالتزام المحنى دون الالتزام الطيعي وفي هذا الصدد ذكرنا ان التنفيذ العيني الجبرى للالتزام المحنى قد يكون مباشرا وقد يتم باستعمال المحين لوسائل غير مباشرة توصله اليه مثل حبس المحين والغرامة التمهيدية .

والسؤال الآن : ماذا لو استحال على الدائن لجبار المحين على التنفيذ العيني بصورة مباشرة او غير مباشرة ؟

اجابة على هذا التساؤل نقول انه ليس امام الدائن في هذه الحالة سوى اللجوء الى التنفيذ بمقابل او عن طريق التعويض . فتمخر التنفيذ العيني او التأخير فيه يوجب على المحين تعويض الدائن عن ذلك ما لم يتبت ان عدم التنفيذ او التأخير يرجع الى سبب اجنى . ونصت على ذلك المادة ٢٩٣ من القانون المحنى الكويتى والمادة ١٥ من القانون المحنى المصرى :

وخلاصة لما تقدم ، وفي سبيل زيادة ايضاحه ، نذكر مرة اخرى بما قلنا ، بخصوص آثار الالتزام . فقد ذكرنا ان الأثر الجومرى للالتزام هو

تنفيذه أو بعبارة أدق تنفيذه • وقلنا أن الأصل في التنفيذ أن يكون اختياريا من المدين • فإذا امتنع ، كان ذلك مدعاة تسمح للدائن باللجوء إلى التنفيذ الجبري أو القهري • وإذا كان الأصل في التنفيذ الجبري أن ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ المعنى الجبري - مباشرا أو غير مباشر - فإنه إذا استحال على الدائن التنفيذ المعنى الجبري بصورتيه كان له أن يجبر المدين على التنفيذ بمقابل أو عن طريق التمويض •

أما وقد تكلمنا عن التنفيذ الجبري عينيا بصورتيه بقي أن نتناول التنفيذ بمقابل أو عن طريق التمويض •

وسوف نعرض له في النقاط التالية :

أولا : حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التمويض •

ثانيا : شروط التمويض •

ثالثا : تقدير التمويض •

ونخصص لكل منها مبحثا •

## البَحْثُ الأولُ

### حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

٤٦ - لما كان التنفيذ العيني هو الأصل على نحو ما ذكرنا من قبل ، فإنه يترتب على ذلك بحكم المنطق القول بأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض يمد بديلا عنه . وهذا يعني أن حالات التنفيذ بمقابل نتحدد إجمالا بالحالات التي لم يفلح فيها الدائن في الوصول إلى التنفيذ العيني (١)

٤٧ - متى يكون التنفيذ بطريق التعويض :

يكون التنفيذ بطريق التعويض ممكنا في عدة حالات نوجزها فيما يلي :

١ - إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين .

٢ - إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل المدين شخصيا أو كان على الأقل غير ملائم إلا بهذا التدخل ، ولم تفلح الغرامة التمهيدية في الوصول بالدائن إليه ، ولم يكن الأمر يتيح للدائن حق حبس المدين .

٣ - إذا كان التنفيذ العيني مرصفا للمدين رغم إمكانه بحيث لا تتناسب الفائدة التي تعود على الدائن منه مع ما يصيب المدين من ضرر من جرأته .

٤٨ - صورتان للتعويض :

يلاحظ أن التعويض الذي يلجأ إليه الدائن كطريق للتنفيذ يتخذ صورة من اثنتين له<sup>(٢)</sup> :

(٢) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., ويلاحظ أن وسائل

تنفيذ التعويض هي وسائل التنفيذ العيني . أي التنفيذ الإختياري والتنفيذ الجبري .

راجع : المنهوي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مشار إليه من قبل ، رقم ٤٦٠ ،

ص ٨٢٥ .

## Compensatoires : الصورة الأولى - تعويض عن عدم التنفيذ :

ويفترض فيها أن المحين لم يتم بتنفيذ التزامه أصلا • ويلجأ الدائن -  
كطريق للتنفيذ - إلى المطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ • ويحل هذا  
للتعويض محل التنفيذ العيني للالتزام ويعتبر تنفيذا للالتزام بمقابل •

## moratoires : الصورة الثانية - التعويض عن التأخر في التنفيذ :

والفرض في هذه الصورة أن المحين قد نفذ التزامه متأخرا • والتأخير  
في التنفيذ مؤداه - بحسب للمعنى الواسع له - أن المحين لم ينفذ الالتزام  
إلا جزئيا أو نفذ بصورة كاملة ولكن جاء التنفيذ معيبا أو نفذ بصورة كاملة  
دون عيب ولكن بعد الموعد المحدد لذلك •

والفارق بين الصورتين واضح : إذ المحين لم يتم بالتنفيذ كلية في  
الصورة الأولى بخلاف الصورة الثانية حيث قام المحين بالتنفيذ متأخرا على  
المعنى المذكور للتأخر • وثمة فارق آخر يمكن أن نضيفه إذ التعويض في  
الحالة الأولى يكون عن عدم التنفيذ العيني ومن ثم فإنه يعد دجلا له كطريق  
للتعويض العيني غير موجود وعلى ذلك لا يتصور أن يجتمع هذا التعويض  
معه • بخلاف الصورة الثانية وللتعويض فيها عن التأخر في التنفيذ  
ومن ثم يتصور وجود للتنفيذ العيني وذلك في حالة ما إذا كان التأخر يعني  
تنفيذ المحين لالتزامه كاملا ولكن بعد الموعد المحدد لذلك • إذ يجتمع  
- كما هو واضح - التعويض عن التأخر مع التنفيذ العيني<sup>(٢)</sup> •

---

(٢) وينبغي أن يكون واضحا • أن التنفيذ بطريق التعويض ليس معناه أن تعويضا  
مثل هذا يعد لالتزام تعويضا أو لالتزاما بطلوا إلى جانب للتنفيذ العيني • فالالتزام ببسوى  
كما هو لا يتغير • سواء نفذ عينا أو عن طريق التعويض • كل ما هنالك أن الذي تغير هو  
محل الالتزام • فبعد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تعويضا •

رأى : السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ، رقم ٤٠٩ ،

## البحث الثاني

### شروط التمويض

٤٠

#### ٤٩ - طائفتان من الشروط :

يشترط لامكان لجوء الدائن الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التمويض طائفتان من الشروط :

#### الطائفة الأولى - تضم الشروط الموضوعية :

مؤداهما عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني مما يؤدي الى اصابة الدائن بضرر وأن يكون الضرر ناتجا عن عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني . وفي الحق أن هذه الشروط الموضوعية تمثل شروط المسؤولية المدنية بصفة عامة وهي الخطأ ( عدم التنفيذ ) والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

#### أما الطائفة الثانية من الشروط - فنعني بها الشروط الشكلية :

ولا تتضمن في الواقع الا شرطا واحدا يتمثل في وجوب قيام الدائن باعذار المدين . ولما كانت الشروط الموضوعية ترجمة لأركان المسؤولية المدنية بصفة عامة ، فان موقع دراستها يكون في مصادر الالتزام ونحيل بشأنها الى مؤلفات الفقه المتخصصة .

وعلى ذلك سوف نقصر دراستنا هنا على الاعذار باعتباره شرطا شكليا لا يجوز للدائن اللجوء الى التنفيذ بمقابل الا باستيفائه .

#### ٥٠ - الاعذار والغرض منه : Lamise en demeure

نصت المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي الجديد ( م ٢١٨ مدني مصري ) على أنه « لا يستحق للتمويض الا بعد أعذار المدين . . » .

والعنى للواضح للنص يشير باديء ذي بدء الى قاعدة عامة مؤداهما أن الاعذار شرط لاستحقاق التمويض . بحيث يتعين على الدائن وهو بسبيل

طلب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعمييض أن يقوم بأعذار المدين أولاً  
أى يطالبه بالوفاء • فإذا لم ينفذ يكون طلب التعمييض •

والاعذار إجراء شكلى استلزمه القانون ومن شأنه أن يجعل المدين فى  
حالة تأخر عن تنفيذ التزامه حيث الغرض الأساسى منه •

#### ٥١ - شكل الاعذار :

يكون أعذار المدين - على حد قول المادة ٢٩٨ مدنى كويتى - بأنذاره  
أو بورقة رسمية تقوم مقام الانذار ، كما يجوز أن يكون الاعذار بأى وسيلة  
أخرى يتفق عليها • فالقاعدة على هذا النحو بخصوص شكل الاعذار تتمثل  
فى وجوب أن يتخذ شكل الانذار أو ورقة رسمية تقوم مقامه ، والانذار  
عبارة عن ورقة رسمية توجه من الدائن الى المدين عن طريق مندوب الاعلان  
( المضر ) يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه • أما بشخصه أو فى  
موطنه ويمكن أن يتم الاعذار بأى ورقة رسمية أخرى تقوم مقام الانذار ،  
والورقة الرسمية التى تقوم مقام الانذار هى كل ورقة من هذا النوع تعلن  
الى المدين وتتضمن مطالبته بالوفاء • مثال ذلك صحيفة الدعوى النضمامة  
تكليف المدين بالحضور امام المحكمة فى تاريخ معين • وكذلك اعلان السند  
النفذى الذى يسبق للتنفيذ ( م • ٢٠٤ مرافعات كويتى ) •

ونود أن نفيه هنا الى ان القاعدة الواردة فى النص الأول بخصوص شكل  
الاعذار والتى توجب أن يتخذ شكل الانذار أو ورقة رسمية تقوم مقامه  
انمسا هى قاعدة لا تتعلق بالنظام العام • فقد أجاز النص المشار اليه  
أن يتم الاعذار بأى وسيلة أخرى - غير الانذار أو ما يقوم مقامه - يتفق  
عليها • مثال ذلك الاتفاق على أن يكون الاعذار بخطاب موصى عليه أو حتى  
بمجرد خطاب عادى(\*) •

#### ٥٢ - مدى ضرورة الاعذار :

نقصد بضرورة الاعذار فى المقام الأول ، ماذا كان اشتراط الاعذار  
هو أمر ضرورى لاستحقاق الدائن تعويضاً سوء كان تعويضاً عن عدم  
التنفيذ أو عن التأخير فيه ؟ أم أن ضرورة الاعذار كشرط مقصورة على أحدهما ؟

ولجابة على هذا للتساؤل ، فالرأى للراجع فى الفقه أن الاعذار مقصور  
على حالة مطالبته الدائن للمدين بتعمييض عن التأخير فى التنفيذ • أما التعويض

---

(٥) راجع فى ذلك أيضاً حكم المادة ( ٢١٩ ) من القانون المدنى المصرى •

عن عدم التنفيذ فإن الدائن يستحقه دون حاجة إلى اعدار . وعلة ذلك أن اشتراط الاعذار مبناه التسلمح . فقبل قيام الدائن به يفترض أنه قد منح المدين ضمنا أجلا للوفاء ثم أعقبه بالاعذار . وذلك يفترض أن الدائن يطالب بالتصام تنفيذ بذاه المدين ومن ثم لا يتصور افتراضه إذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بادئ ذي بدء لامتناع المدين عنه أصلا<sup>(٦)</sup> .

ونقصد بضرورة الاعذار في المقام الثاني ، أنه إذا كانت القاعدة توجب الاعذار شرطا لا يستحق الدائن التعويض دونه ، فهل الاعذار ضروري في كل حالة ؟

أجابت على هذا التساؤل إجمالا المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي بقولها : لا يستحق التعويض إلا بعد اعدار المدين ، ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك .

والمعنى الواضح للنص يؤدي بنا إلى القول بأن الدائن يعني من الاعذار إما بالاتفاق أو بنص القانون .

#### ٥٣ - الإغناء الاتفاقى من الاعذار :

فانه يكون بالاتفاق على استبعاد القاعدة الولدة في صدر النص السابق والتي توجب اعدار المدين . بحيث يصير المدين معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أى إجراء .

والاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا . وعن الاتفاق الصريح فأمره واضح . أما عن الاتفاق الضمني فمثاله أن يشترط في عقد المعاولة وجوب انتهاء المتناول من عمله في تاريخ محدد . فإذا لم يفته من عمله في التاريخ المحدد كان للدائن أن يطالبه بالتعويض دون اعدار . ذلك أن المدين يعد معذرا بمجرد حلول التاريخ .

#### ٥٤ - الإغناء القانونى من الاعذار :

فقد تصدحت لبيان حالاته المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي وهي حالات استثناءها النص من وجوب اشتراط الاعذار بحيث يجوز للدائن أن يطالب المدين بتعويض دون حاجة إلى اعداره وهذه الحالات هي<sup>(٧)</sup> :

---

(٦) راجع في هذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٢٢ ، ص ٢٢٣ .

(٧) راجع حكم المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري وقد نصت على هذه الحالات

أيضا .

١ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .  
مثال ذلك أن يلتزم المدين بالامتناع عن القيام بعمل ولكنه يقوم به مخالفاً  
الالتزام بالامتناع . فما جدوى الاعتذار هنا وقد غدا التنفيذ العيني للالتزام  
غير ممكناً .

ويشترط في هذه الحالة أن يرجع عدم إمكان التنفيذ العيني أو عدم  
جدواه إلى فعل المدين . فإذا كان بسبب أجنبي ، انقضى الالتزام ولا محل  
للتعويض ومن ثم لا مجال للاعتذار .

٢ - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع :  
والصورة أن شخصاً ارتكب عملاً غير مشروع سبب ضرراً للغير مما ترتب  
عليه نشوء المسؤولية التقصيرية على عاتقه وتوجب تعويض الضرر . والدائن  
( المضرور ) إذ يطلب بالتعويض فإنه يطلب به دون حاجة إلى اعتذار المدين .

٣ - إذا كان محل الالتزام تسليم شيء ، يعلم المدين أنه مسروق أو رد  
شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

وتطبيقاً لذلك ، فلو حصل شخص على شيء دون وجه حق لأنه قام  
بمهرقته أو كان قد تسلمه من شخص يعلم أنه سارق ، فإنه يجب عليه أن يرده  
إلى صاحبه . والا كان لصاحبه أن يطالبه بالرد . وأن يطالبه أيضاً بتعويض  
عن عدم الرد دون اعتذار . إذ لا عبرة بأن يتمسك مدين بالرد وهو سيء  
النية بوجود قيام الدائن باعتذاره .

٤ - إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه :

فلذا صرح المدين بأنه لن ينفذ التزامه . كان دليلاً على عنته وتعمده  
عدم التنفيذ وليس من المنطق في شيء في هذه الحالة أن نوجب على الدائن  
اعتذار هذا المدين . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه لما كان لجوء  
الدائن إلى التنفيذ بطريق التعويض يتضمن غالباً محاولة للتغلب على عنت  
المدين وإصراره على عدم التنفيذ فإن في اشتراط ضرورة الاعتذار حماية  
لمدين متعنت وهذا غير مقبول .

وتجدر الإشارة إلى أن تصريح المدين بأنه لم ينفذ للالتزامه لا يعمل أثره  
في إعفاء الدائن من الاعتذار إلا إذا كان مكتوباً ، ومن ثم لا يجوز اثباته بشهادة  
الشهود أو القرائن .



٥٥ - مشروع تقيين احكام الشريعة الاسلاميه في الطوائف المالیه في مصر  
والتنفيذ بمقابل او عن طريق التمويض :

اولا - تقرر المادة ٢٢٧ من المشروع المبدأ العام بشأن التنفيذ بمقابل  
او عن طريق التمويض ويجرى نصها على النحو التالي :

« اذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على الدين غير ممكن او غير مجد حكم  
عليه بالتمويض لعدم الوفاء بالالتزام ، ما لم يثبت ان عدم التنفيذ قد  
نشأ عن سبب اجنبى لا يده فيه . ويكون الحكم كذلك اذا تأخر الدين في تنفيذ  
الالتزام ، »

ومذا النص المقترح من المشروع وان كان يقابل نص المادة ٢١٥ من  
القانون المدني المصري الحالي ، الا انه يتضمن تعديلا له . والمادة ٢١٥  
تنص على ما يأتى :

« اذا استحال على الدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتمويض  
لعدم الوفاء بالالتزام ، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب  
اجنبى لا يده فيه . ويكون الحكم كذلك اذا تأخر الدين في تنفيذ التزامه ، »  
وقد قصد بتعديل نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري الحالي على  
النمو الوارد في نص المادة ٢٢٧ من المشروع ان يشمل حكم النص الاخير حالة  
استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه . وهذا ما جاء بالمشروع تطبيقا على  
هذا النص .

والنصان يختلفان عن النص المقابل من القانون المدني الكويتي وهو  
نص المادة ٢٩٣ وجاء بها « عند تعذر تنفيذ الالتزام عينا ، او التأخير فيه ،  
ما لم يثبت المدعى ان عدم التنفيذ او التأخير كان لسبب اجنبى لا يده فيه ، »  
ونوجز مظاهر الاختلاف فيما يلى :

١ - يختلف النص الكويتي سالف الذكر عن نص المادة ٢٢٧ من  
المشروع . فحكم النص الاخير يشمل على ما رأينا - وعلى حد ما جاء في التطبيق  
عليه في المشروع - حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه ، على حين ان  
النص الاول لم يواجهه - على الاقل - حالة عدم جدوى التنفيذ .

٢ - يختلف النص الكويتي المشار اليه عن نص القانون المدني المصري  
الحالي ونص المشروع والاختلاف من حيث الصياغة . اذ المشرع الكويتي قد  
جمع ، وفي صياغة واحدة ، بين التمويض عن عدم التنفيذ والتمويض  
عن التأخير فيه ، بخلاف النصين المصريين محل المقارنة ، وقد ورد فيهما

الحكم للتصويص عن عدم التنفيذ أولا ثم جاء حكم التصويص عن التأخر في التنفيذ فهما بالصيغة الآتية : • • ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه •

ولا يفوتني ان اشير الى أن نص المادة ١٦٢ من قانون التجارة الكويتي المسمى هو الذي يطابق - بخصوص حكمي التصويص عن عدم التنفيذ والتأخر فيه والفصل بينهما من حيث الصيغة - للنصين المصريين المشار اليهما • اعني المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري الحالي والمادة ٢٢٧ من المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية - وعلى الرغم من كل ذلك ، فقد جاء في المشروع المصري تطبيقا على المادة ٢٢٧ منه ، أنها تطابق نص المادة ٢٩٥ من مشروع القانون المدني الكويتي

### ثانيا - وعن شروط التصويص :

اوجبت المادة ٢٢٩ من المشروع قيام الدلائل بأعذار المدين ونصها كالآتي :  
« لا يستحق التصويص الا بعد أعذار المدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، والأعذار شرط شكلي لاستحقاق التصويص يقوم الى جانب الشروط الموضوعية كما ذكرنا من قبل • وهذا النص المقترح من المشروع وإن كان يطابق المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي وتنص على أنه « لا يستحق التصويص الا بعد أعذار المدين ، ما لم يقض الاتفاق أو نص القانون على غير ذلك » فإنه يختلف عن النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي ويقضى بما يلي « لا يستحق التصويص الا بعد أعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك • وواضح أن نص المشروع ( م ٢٢٩ ) قد اُضيف عبارة « القانون أو الاتفاق » بعد لفظ ينص • ويغدو بذلك - مع النص الكويتي - أكثر دقة ووضوحا من النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي • اعني نص المادة ٢١٨

### ثالثا - وعن شكل الأعذار :

نصت المادة ٢١٤ من المشروع على ما يأتي : « يكون أعذار المدين بإفئاده أو بما يقوم مقام الإئذار ، ما لم يتفق على غير ذلك » • والأعذار يكون - كما هو واضح - بإفئاد المدين أو بما يقوم مقامه • وعلى ذلك فإنه يمكن أن يكون بورقة رسمية تعلن الى المدين وتتضمن مطالبته بالوفاء كما ذكرنا من قبل • مثال ذلك صحيفة الدعوى التضمنة تكليف المدين بالاحضور أمام المحكمة في تاريخ معين •

وهذا النص المقترح من المشروع وأن كان يطابق في الحكم المادة ٢٩٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لنصها من قبل ، فانه جاء مخالفاً من حيث الصياغة للنص المقابل من القانون المدني المصري الحالي وهو نص المادة ٢١٩ . وتقتضى بما يأتي : « يكون إعداؤ المدين بإذله أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الإعداؤ عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد طول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، » .

ويبدو للوهلة الأولى النص المقابل من المشروع ( م ٢١٤ ) وقد حذفت منه عبارة « ويجوز أن يتم الإعداؤ عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات » ، وذلك لكتفاء بعبارة « أو بما يقوم مقام الانذار » كما استغنى المشروع في نصه عن عبارة « كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد طول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر » (٨) ، بعبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » .

#### رابعاً - وعن ضرورة الإعداؤ :

فان نص المادة ٢٢٩ من المشروع وقد عرضنا له من قبل وأوضح في إمكان الإعفاء منه أما بالاتفاق أو النص . فالإعفاء من الإعداؤ إعفاء اتفاقي وقانوني . وعن حالات الإعفاء القانوني من الإعداؤ فقد تناولها المشروع في المادة ٢١٥ منه إذ قالت : « لا ضرورة لإعداؤ المدين في الحالات الآتية :

- ( أ ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .
- ( ب ) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
- ( ج ) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو يعلم بذلك .
- ( د ) إذا صرح المدين كتابة انه لا يريد للقيام بالالتزامه .
- ( هـ ) إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم لزوم الإعداؤ .

---

(٨) يلاحظ أن هذه العبارة من المادة ٢١٩ من القانون المدني المصري بخصوص اعتبار المدين معذراً بمجرد طول الأجل قد ورجت في الابد ( ١ ) من نص المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي وجاء بشأنها في فكرته الإيضاحية أنها بمثابة حالة إعفاء من الاتفاق من الإعداؤ .

وهذا النص المتدرج من المشروع وإن كان يطابق النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي وهو نص المادة ٢٢٠ ، إلا أن النص الأخير قد خلا من البند ( هـ ) الذي أضيف إلى نص المشروع كما هو واضح .

وإضافة للبند ( هـ ) إلى نص المشروع سالف الذكر انصا يثير التساؤل والمادة ٢٢٩ من المشروع تنص على أنه « لا يستحق التمييز إلا بعد اعذار الدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، ويلاحظ أن حالات الاعفاء القانوني من الاعذار قد تضمنتها المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي والمادة وإن كانت تطابق - بشأن هذه الحالات - المادة ٢١٥ من المشروع كما تطابق المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري الحالي - يبقى أن نبرز خلو هذا النص للكويتي - مثل نظيره من القانون المدني المصري الحالي - من البند ( هـ ) ورد بنص المشروع .

وبعد كل ما تقدم ، تجدر الإشارة إلى أن المشروع قد أورد نص المادة ٢١٤ منه بخصوص كيفية الاعذار وكذا المادة ٢١٥ بخصوص حالات الاعفاء القانوني من الاعذار في الفصل الأول منه ( أحكام عامة ) وذلك بخلاف النصوص المقابلة من القانون المدني المصري الحالي وللقانون المدني الكويتي وقد وردت تحت عنوان « التنفيذ بطريق التمييز » ، ويرد ضمن أحكام الفصل الثاني من الباب الثاني من القانون الأول ، بينما ورد في الثاني تحت « البند ثانياً ، من الفصل الأول من الباب الثاني » .

## البحث الثالث

### تقدير التعويض

٥٦ - التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي :

الأصل أن القضاة يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالتعويض حيث يقوم القاضي بتقدير التعويض ليقال أنه تمويض قضائي . ولكن ليس ثمة ما يمنع اتفاق الدائن والمدين ومقهما على مقدار التعويض الذي يحصل عليه الدائن حال عدم للتنفيذ أو التأخير فيه . ليقال أنه تمويض اتفاقي ويسمى الشرط الجزائي .

ونعرض لذلك تباعا في مطلبين على التوالي :

### المطلب الأول

#### التعويض القضائي

٥٧ - تمهيد وتقسيم :

إذا لم يتم المحين بالتنفيذ العيني أو تأخر فيه كان للدائن أن يطالبه بتعويض ولكن أن يمتنع المدين عن أداء هذا التعويض فامناص من لجوء الدائن الى القاضي لاستصدار حكم بذلك . وفي هذا تنص المادة ١/٣٠٠ من القانون المدني الكويتي على ما يأتي : « تقدر المحكمة للتعويض إذا لم يكن مقحدا في العقد أو بمقتضى نص في القانون » (٩) .

ولما كانت دراسة للتعويض بصفة عامة والتعويض القضائي بصفة خاصة تدخل ضمن دراسة المسؤولية المدنية كما ذكرت عند تناول شروط التعويض فاننا نحيل مرة أخرى في هذا الشأن الى المراجع المتخصصة في المسؤولية المدنية .

وعلى ذلك نقصر دراستنا للتعويض للقضائي على الأسس التي يعتمد عليها للقاضي في تقدير التعويض . هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى نتناول في عجلة أنواع التعويض .

---

(٩) والنص يطابق ما جاءت به المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري اذ قالت :

« إذا لم يكن للتعويض مقحدا في العقد أو بنص للقانون فالقاضي هو الذي يتقدره » .

وعن أسس التعويض القضائي ، فإن القاضي يأخذ في اعتباره وهو بمسبيل تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على حد قول المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدني الكويتي .

ومفهوم ذلك أن التعويض يكون عن ضرر أصاب الدائن ويتحدد هذا الضرر بما لحقه من خسارة ومافاته من كسب (١) .

وتطبيقاً لذلك ، فانه إذا تقاعد صاحب مصنع عن توريد بضاعة إلى أحد التجار ولم يف بالتزامه مما دفع للتاجر إلى شراء البضاعة من مكان آخر بثمن مرتفع كان للتاجر باعتباره دائناً لصاحب المصنع أن يطالبه بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويشمل التعويض :

١ - ما لحق الدائن من خسارة ماثلة في الفرق بين ثمن البضاعة المتفق عليه في العقد وثمان شرائها من مكان آخر .

٢ - ما فات الدائن من كسب . ويتمثل فيما كان يحققه من ربح من صفقات ضاعت عليه في سعيه لشراء البضاعة من مكان آخر .

ويلاحظ أنه يشترط لكي يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب ، أن يكون هذا الكسب وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه وتكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاها ببذل جهد معقول ( م ٢/٣٠٠ مدني كويتي - ١/٢٢١ مدني مصري ) .

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى موقف الفقه الإسلامي . فذهب المرحوم الدكتور السنهوري إلى القول بأنه « ويشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته وأن توجد الماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه ، فلا تمويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في حالات استثنائية محدودة » ويضيف : « ومن باب أولى لا تمويض عن أي خسارة تحطها الدائن أو عن أي ربح فاته » (١) .

SAVATIER : op. cit., n. 280, p. 341.

(١) السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات معهد الداية ، بيروت ، ص ١٦٨ .

ويكتفينا في الرد على ذلك ، أن نستشهد بما خلصت اليه هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية - في مجال الشرط الجزائي - من أنه ، إذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك للمعدل والانصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مصرة ..... (١٦) -

## ٥٩ - نوعا الضرر :

ويتخذ للضرر المطلوب تعويضه أما صورة للضرر المادي أو الضرر الأدبي . والضرر المادي هو ضرر يصيب الدائن في مصلحة مالية بخلاف للضرر الأدبي الذي يصيب المضرور في مصلحة غير مالية كان يصيبه في سمعته أو كرامته أو شرفه أو شموه .

وإذا كان التعويض عن الضرر المادي ليس محلاً لأي شك ومن ثم لا يحتاج إلى نص ، فقد ثار الخلاف حول تعويض الضرر الأدبي ، وجاء نص المادة ٣٠١ من القانون المدني الكويتي قاطعاً في شمول التعويض للضرر الأدبي . ( م ١/٢٢٢ مدني مصري ) .

وننبه في هذا الصدد إلى أن جواز تعويض الضرر الأدبي ليس مطلقاً . إذ يقتيد أولاً بما جاء في المادة ٣/٢٣١ مدني كويتي ويقضى بعدم جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية<sup>(١٧)</sup> ويقتيد ثانياً بما جاء في المادة ٢٣٢ مدني كويتي ويقضى بعدم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي سواء بالحوالة أو الميراث إلا إذا تحدثت قيمته بنص أو اتفاق أو كان للدائن قد طالبه به أمام القضاء<sup>(١٨)</sup> .

---

(١٢) بحث عن الشرط الجزائي ، مجلة البحوث الإسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية - المجلد الأول - المصد للثاني ، ص ١٤٠ - ١٤٢ .

(١٣) راجع في هذا الصدد حكم المادة ٢/٢٢٢ مدني مصري وهو مماثل في الحكم .

(١٤) تقتضي المادة ١/٢٢٢ مدني مصري ، بعدم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي للغير إلا إذا تحدث بمقتضى نفي أو طلب الملائن به أمام القضاء .

- ولجميع :

وفي التفسيرين السابقين ما يفيد اختلاف القدر الدائن عن الأجنبي من حيث  
شمول التعويض لهما . هذا إضافة إلى اختلاف بينهما من حيث الطبيعة  
كما ذكرت منذ قليل .

ويتم تقدير التعويض تبعاً لقيمة الضرر وقت الحكم به سواء  
كان يزيد أو يقل عن قيمته وقت الإخلال بالالتزام .

## ٦٥ - التعويض التقديري والعيني :

والتعويض الذي يحكم به القاضى قد يكون تعويضاً تقديرياً وقد  
يكون عينياً . والأصل أن يكون تقديرياً . ولكن يمكن تصور التعويض من  
طبيعة معينة غير نقدية . مثال ذلك امتناع تاجر السيارات عن تسليم السيارة  
للمشتري فيحكم عليه القاضى بتسليم سيارة أخرى . وهنا ننبه إلى فارق  
يجب أن يكون بارزاً بين التنفيذ العيني والتعويض العيني . ففي التعويض  
العيني يحكم القاضى بحصول الدائن على شيء آخر غير الشيء الذى ألزم به  
الدائن بخلاف التنفيذ العيني حيث يحكم القاضى بحصول الدائن على عين ما  
ألزم به المدين .

ويلاحظ أنه لما كان التعويض التقديري هو الأصل فإنه لا يجوز  
للقاضى أن يحكم بالتعويض العيني ما لم يطلبه الدائن . فإذا طلبه الدائن  
فإن للقاضى غير ملزم بالحكم له به وله أن يحكم بتعويض نقدي فهو  
الأصل . ولكن إذا كان الدائن قد طلب التعويض التقديري فلا يجوز للقاضى  
الحكم بالتعويض العيني إلا بموافقة .

## ٦٦ - أحكام التعويض القضائى كما وردت بمشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر :

تعرض المادة ٢٣٠ من المشروع للأصل العام في تقدير التعويض  
أو التعويض للقضائى ، حيث تحدره المحكمة وفقاً لضوابط أو أسس معينة .  
والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ،  
فالقاضى هو الذى يتحدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومآلاته  
من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير



في الوفاء به ٢٠ ويعتبر القرار نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببخل جهد معقول ٢١

٢ - ومع ذلك ، إذا كان الالتزام مصدرة العقد فلا يلتزم الدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطاً نسيماً إلا بتمويض القرار الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التصاعد ، ٢٢

هذا النص المندرج من المشرع يطابق تماماً نص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق أيضاً نص المادة ٣٠٠ من القانون المدني الكويتي ، التي استمدت حكمها أصلاً من النص المصري الحالي سالف الذكر ٢٣ وقد عرفنا لهما من قبل ٢٤

ولما كانت دراسة للتصويق بضعة عامة وللتصويق القضائي بضعة خاصة تحفل في دراسة المسؤولين المدنية كما أوفضنا من قبل ، فإننا نكتفي هنا أيضاً بالأحالة إلى المراجع المتخصصة في هذا الشأن ٢٥

ومع ذلك فإننا نستخلص من نص المشرع سالف الذكر أمضى أو قسوط تصوير التصويق القضائي ، وتتمثل فيما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب على ما أوفضنا سلفاً ٢٦ ويشترط لكي يشمل التصويق ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب أن يكون هذا الكسب الدائن وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لسعم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه ٢٧ والقرار لأن يتحدد بما فاتته من كسب وما لحق من خسارة يكون نتيجة طبيعية - على الفحوى المذكور في النص - إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببخل جهد معقول ٢٨

وتناولت المادة ٢٨٤ من المشرع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية حكم التصويق عن القرار الأدبي في ثلاث فقرات ٢٩ والجديد في هذا الحكم ما جات به الفقرة الثانية من النص المذكور إذ قالت : « وينتقل الحق في التصويق إلى الورثة ، ما لم يثبت نزول المصروع عنه » ولكن لا تجوز حوالته إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو مطلب للدائن أمام القضاء ، ٣٠

وحده الفقرة تتناول للفترة الأولى من المادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصري الحالي ، كما تتناول المادة ٢٣٢ من التقنين المدني الكويتي ٣١

ولكن يبقى حكم المشرع متعيزاً عنهما بما يأتي : إذ أن انتقال الحق في التصويق عن القرار الأدبي إلى الورثة لم يقيّد في هذا المشرع بتحديد هذا الحق بالاتفاق أو رفع الدعوى وإنما يتوقف على عدم نزول المصروع عنه ٣٢

## المطلب الثاني

### التعويض الاتفاقي

### الشرط الجزائي

#### LA CLAUSE PENAL

٦٢ - تقسيم :

لقد تضمنت المادة ٣٠٢ من القانون المدني الكويتي ( مادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري ) مجاً جواز الاتفاق مقحماً على تقدير التعويض المستحق للطائفة حال لخلال المدين بالتزامه وهو المعروف بالتعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي . ونبين سلطة القاضي حياله ثم نوضح حكمه في الفقه الاسلامي .

٦٣ - تعريف الشرط الجزائي :

٥٠ - الشرط الجزائي عبارة عن بند في عقد يتضمن تحديدا للجزاء المترتب على الاخلال بالتزام وذلك بتحديد التعويض المستحق للدائن لدى المدين عن هذا الاخلال فهو تحديد لتعويض بالتعويض يتم مقحماً .

وحينما نقول في تعريف الشرط الجزائي بأنه بند في عقد ، فان مفاد ذلك ان يتفق الطرفان عليه اما في العقد الأصلي او في اتفاق لاحق . ويشترط في جميع الأحوال ان يتم للتراضي عليه قبل وقوع الاخلال . ويلاحظ ان الاتفاق على الشرط الجزائي هو اتفاق تابع للعقد المنشئ للتزام أصلاً ، ومن ثم لا يمكن وصفه بالاستقلال ولو ورد الاتفاق عليه في اتفاق لاحق .

وثمة خطأ يتمين تجنبه بين الشرط الجزائي والعميون . فالعربون عبارة عن مبلغ يدفعه أحد المتماثلين للآخر وقت ابرام العقد ويغيد أن لكل من

---

CARBONNIER : op. cit., n. 79. p. 284 - 286.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 543 - 592, p. 590 - 592.

V. aussi : BÉGUIN ( J. ) : « Clause Pénal », Rép. de dr. civ.,

1878, t. 2.

طرفيه خيار المدحول عنه مالم يظهر أنهما قصداً غير ذلك أو كان العرف يقضى بخلافه ( م ٧٤ مدنى كويتى - م ١٠٣ مدنى مصرى ) .

فاذا عدل من دفع للعربون فقدمه وإذا عدل من قبضه للترزم برده ودفع مثله وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدل من ضرر .  
والفارق الأول بين العربون والشرط الجزائى يتمثل فى أن للضرر شرطاً جوهرى لاستحقاق مبلغ الشرط الجزائى بخلاف للعربون إذ لا قيمة لوجود الضرر من عدمه فى دفعه أو رده بمناسبة المدحول .

ويمكن أن نضيف غارقاً آخر ، فإذا كان الشرط الجزائى عبارة عن بند فى عقد فانه قد يدرج فى العقد الأصلى الذى ينشئ الالتزام على عاتق الدين وقد يكون فى اتفاق لاحق . أما العربون فان دفعه يكون وقت إبرام العقد ولا نتصور دفعه بعد ذلك . لأن دفعه بعد إبرامه لا يستجيب للفرض المحسد فى النص للعربون . إذ الفرض منه دلالة المدحول لا البت .  
فيفيد أن للطرفين حق المدحول مما ينبىء عن أن العقد لم يجرم نهائياً . ويجدر بنا أن نشير أيضاً إلى اختلاف الشرط الجزائى عن الغرامة التهديدية<sup>(١٦)</sup> .

فالشرط الجزائى اتفاقى بخلاف الغرامة التهديدية وتكون بحكم القاضى . هذا من جهة ، ومن جهة ثانية ، فالمعيار فى الشرط الجزائى يتمثل فى قدر ما لحق الدائن من ضرر ومن ثم لا يستحق التعويض المتفق عليه فى نطاقه إذا ثبتت الدين أن الدائن لم يلحقه ضرر . أما الغرامة التهديدية ، فالمعيار فيها - كما ذكرنا من قبل - المركز المالى للدين وما يديه من تعنت . ومن جهة ثالثة ، فان الشرط الجزائى يكون نهائياً بحسب الأصل . وقولنا بحسب الأصل حتى لا يتعارض ذلك مع سلطة القاضى حياله . أما الغرامة التهديدية فالحكم بها يكون مؤقتاً ولا يقبل التنفيذ باعتباره حكماً فى ذاته . إضافة إلى ما تقدم ، ومن جهة خامسة ، نجد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما للشرط الجزائى فلا علاقة له بالتنفيذ العيني .

#### ٦٤ - نطاق الشرط الجزائى والحكم المستحدث فى القانون المدنى الكويتى :

لقد أحسن المشرع المدنى الكويتى صنعا عندما حرص على أن ينص فى المادة ٣٠٢ على المجال الذى يصح فيه الاتفاق مقحماً على مقدار التعريض

(١٦) راجع : المذهبى ، لوسيط ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ، رقم ٤٩١ .

ص ٨٦٥ - ٨٦٦ .

وتمثل في الحالة التي لا يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا . اذ قال : « لذا لهم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يتحدرا مقدما للتصويض في العقد أو في اتفاق لاحق » .

وعلة ذلك أنه اذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ نقدي فإن الاتفاق على تصويض عند اخلال الدين بالالتزام هو اتفاق على فائدة وفيه خروج على الشريعة ولا يمكن قبوله . أما اذ لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود فالاتفاق على تصدير تصويض يلتزم به الدين عند اخلاله بالالتزام يعد صحيحا عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل الا عند الشافعية<sup>(١٧)</sup> .

وواضح أن النص المحدث للكويتي يتفق مع أحكام الفقه الاسلامي<sup>(١٨)</sup> . وإن هناك من القوانين المدنية العربية ما يخالفه في حكمه بشأن تحديد نطاق ومجال الشرط الجزائي . وعلى سبيل المثال فقد أجازت المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري الاتفاق مقدما على تصدير للتصويض عن الاحلال بالالتزام إما كان موضوعه ، دفع مبلغ نقدي أو غيره ، كما لو تمثل موضوع الالتزام في القيام بعمل أو امتناع . ويكون بذلك قد فتح الباب أمام الفوائد بتوسيع نطاق الشرط الجزائي وشموله للالتزام بدفع مبلغ نقدي . وهذا يخالف الشريعة الاسلامية .

## ٦٥ - سلطة القاضي ازاء الشرط الجزائي :

لما كان الشرط الجزائي تصديرا لاتفاقيا للتصويض فإنه يخضع في استحقاقه لشرط استحقاق للتصويض بصفة عامة . وتمثل هذه الشروط في وجوب توافر أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية . فإذا توافرت حكم القاضي على المدين بدفع التصويض المتفق عليه . اذ العقد شريعة المتعاقدين ويجب لكماله .

وتجدر الإشارة بهذه المناسبة الى المادة ٣٠٣ مدني كويتي وقد نصت في صرحها على أنه « لا يكون التصويض المتفق عليه مستحقا اذا اثبت الدين أن الدائن لم يلحقه ضرر » . ( م ١/٢٢٤ مدني مصري ) . ومعنى ذلك أن الاتفاق على التصويض يبقى على ركن للضرر فلا يحكم بالتصويض اذا لم

(١٧) راجع الفكرة الاصلية للقانون المدني الكويتي .

(١٨) وقد نص المرسوم المدني الكويتي صراحة على بطلان الفوائد في المادة ٣٠٥ . وصوما أخذ به مشروع تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في المجلات المالية في مصر في المادة ٢٢٤ كما سنرى .

ينرتب على لخلال المدين بالتزامه أى ضرر للدائن<sup>(١٩)</sup> ولكن يظهر أثر الاتفاق على تقدير التعويض فيما يتعلق بركن الضرر في مجال الإثبات • إذ لا يكلف الدائن بإثبات وجود الضرر بل يفترض حصول ضرر ما وفقا لما قدره المتعاقدان • فإذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر فيكون أحد أركان المسؤولية قد تخلف وبالتالي لا تحكم المحكمة بأى تعويض • أما إذا لم يثبت المدين ذلك ولكنه أثبت أن الضرر الحادث أقبل من التعويض جاز للقاضي أن يخفض التعويض أما إذا ادعى الدائن أن الضرر الذى لحقه يزيد على قيمة التعويض ، فعليه أن يثبت ذلك ويجوز للقاضي أن يزيد التعويض •

وسلطة القاضي في تخفيض قيمة التعويض في حالتين<sup>(٢٠)</sup> ( م • ٣٠٣ مدينى كويتى - م • ٢/٢٢٤ مدينى مصرى ) •

١ - إذا اثبت المدين أن تقدير التعويض كان مغالفا فيه الى درجة كبيرة • فلا يكفى أن يثبت أن الضرر للواقع فعلا أقبل من المتفق عليه •

٢ - إذا اثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه • إذ المفروض أن التقدير الاتفاقى للتعويض كان عن عجم التنفيذ الكلى •

٥٢ - لما عن سلطة القاضي في زيادة التعويض فإنها مشروطة بأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما • وعة ذلك أن الاتفاق يتضمن اتساقا على الاعفاء من المسؤولية عما وقع من ضرر زائدا عن قيمة التعويض • والأصل أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحا ويعمل به الا فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم<sup>(٢١)</sup> •

٦٦ - احكام التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى في المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا : تضمنت المادة ٢٢١ من المشروع بشأن جواز الاتفاق مقحما على تقدير التعويض المستحق للدائن حال اخلال المدين بالتزامه وهو

BEGUIN : op. cit., n. 8.

(١٩) راجع :

(٢٠) راجع في تلكه لفرنسى ايضا : MAZEAUD : op. cit., n. 641, p. 689

(٢١) للمكرة الايضاحية للفقهاء الكويتى الجديد ، ص ١٧٨ - ١٧٦ - راجع

ايضا للمادة ٣٠٤ مدينى كويتى ، والمادة ٢٢٥ مدينى مصرى ونحوها مماثل •

المعروف بالتعويض الاتفاقي أو للشرط الجزائي \* والمادة نصها كالآتي :  
« يجوز للمتقاضين أن يحددوا مقدراً قيمة التعويض بالنص عليها في  
العقد أو في اتفاق لاحق » \*

وهذا النص المقترح في المشروع يطابق المادة ٢٢٣ من القانون المدني  
المصري الحالي ونصها كالآتي : « يجوز للمتقاضين أن يحددوا مقدراً قيمة  
التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة  
أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ » \*

وعلى الرغم من القول بالتطابق بين النصين ، فإن ما ينبغي أن يلاحظ  
أن المشروع قد أغفل في النص المقترح الإشارة إلى أحكام المواد الخاصة  
بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي وسلطة القاضي في انقاص التعويض إذا  
كان للمضروور قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر والاتفاق على زيادة عبء  
المسؤولية أو التخفيف منه ، والاعتذار \* لأنه فيما عدا الأحكام التي وردت  
في خصوص التعويض الاتفاقي ، فإن هذا التعويض يخضع للأحكام  
ذاتها التي تسمى على تعويض يقرره القاضي \*

ويتقابل المادتان في القانون المدني الكويتي ، المادة ٣٠٢ وقد  
عرضنا لها من قبل \* وبهذه هنا أن نبرز اختلافها عن نص المشروع والنص  
الحالي للقانون المدني المصري سالف الذكر \* وقد ألقنا إلى هذا الاختلاف  
من قبل بخصوص النص المصري الحالي فأننا نكتفي بالقول : بأن النص  
الكويتي قد حدد نطاق الشرط الجزائي بالحالات التي لا يكون فيها محل  
الالتزام مبلغاً نقدياً \* وذلك بخلاف للنصين المصريين \* وللنص الكويتي  
أكثر دقة في صياغته حيث يقطع الطريق على الفوائد الربوية التي تحرمها  
شريعةنا الفراء \* ومع ذلك يجب أن يلاحظ - بصدد الاختلاف المنوه عنه - أن  
المشروع قد استحدث نصاً يقضي بتحريم للفوائد الربوية نزولاً على أحكام  
الشريعة الإسلامية ، وهو نص المادة ٢٣٤ وجاء على النحو الآتي :

١ - يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ  
من النقود أو للتأخير في الوفاء به \*

٢ - وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها ،  
لشروطها للدائن ، إذا ما ثبت أن هذه للعمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة  
حقيقية يكون للدائن قد أدائها ولا منفعة مشروعة \* \*

وليس من شك في أن وأضح المشروع قد أحسن صنعا باستحداث هذا النص ، اعلاء لشريعة الله . والنص لذي يحرم الفوائد الربوية ، فانه يفرغ الاختلاف الذي أشرنا اليه بين نص المشروع ( م ٢٣١ ) والنص الحنفى للكويى ( م ٣٠٢ ) بخصوص نطاق الشرط الجزائى من كل قيمة ويجمله عديم الأهمية .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن النص المستحدث من المشروع الذى يقضى بتحريم الفوائد الربوية صراحة ( م ٢٣٤ ) انهما يطابق تماما المادة ٣٠٥ من القانون الحنفى للكويى .

ثانيا : لما كان الشرط الجزائى يخضع في استحقاقه لشروط المسؤولية الحنفية ، فقد أبقي المشروع على ركن الضرر ، فلا يحكم بالتعويض اذ أثبت المدعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٣٢ من المشروع ، وتطابق للفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون الحنفى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٣٠٣ من القانون الحنفى الكويى بالحكم للوارد في صدرها ، وقد أشرنا الى ذلك من قبل .

ثالثا : وعن سلطة القاضي ازالة للشرط الجزائى ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٢ من المشروع على سلطة القاضي في خفض قيمة التعويض ، اذا اثبت المدعى أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ في جزء منه ، . ونص هذه الفقرة يطابق للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من القانون الحنفى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٠٣ من القانون الحنفى الكويى بالحكم الذى جاء فى عجزها .

أما عن سلطة القاضي في زيادة التعويض المتفق عليه ، فقد نصت المادة ٢٣٣ من المشروع على أنه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، جاز للدائن أن يطالب باكثر من هذه القيمة » وهذا النص المقترح من المشروع يتقابل المادة ٢٢٥ من القانون الحنفى المصرى الحالى ، والمادة ٣٠٤ من القانون الحنفى الكويى وقد عرضنا لهما من قبل . وتجدر الإشارة الى أن زيادة التعويض مشروطة صراحة في الفصين الأخيرين بأن يثبت الدائن أن المدعى قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما . وقد ألقنا الى ذلك وعلته من قبل .

رابعا : ونلاحظ أخيرا ، أن المشروع قد استحدث المادة ٢٣٥ وتنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من الفوائد ، وتأخر المدعى في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير ، . وجاء في المشروع تطبيقا على هذا النص أن للشريعة الإسلامية

لا تائب التمسويض عن الضرير الذي يلحق للدائن في مثل هذه الحالة . وهذا النص المقترح من المشروع يتقابل المادة ٢٠٦ من القانون المدني الكويتي ونصها كالآتي : « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، ولم يقيم الدين بالوفاء به بعد اعداره ، صح تحريمه على الوفاء ، وثبتت للدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على الدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وواضح أن النص للكويتي يختلف عن نص المشروع خاصة بالنسبة لفكرة الضرر غير المألوف .

## ٦٧ - موقف الفقه الاسلامي من الشرط الجزائي :

للشرط الجزائي لم يكن معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين ، وإنما جاء ذكره في صور مسائل فقهية . ولعل أول وجود له في الفقه الاسلامي ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرمه : ادخل ركابك ، فإن لم أرحل بك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم . فلم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائفاً غير مكره فهو عليه . فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية<sup>(٢٢)</sup> . ويظهر لنا من مؤلفات الأصحنيين في الفقه الاسلامي أن فكرة الشرط الجزائي ليست غريبة عنه وبصفة خاصة لدى المالكية .

فقد نقل أحدهم عن الخطاب قوله : « وأما إذا التزم أنه إذا لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقه للمساكين » فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم وقال ابن حنبل يقضى به ، ويضيف أن للشيخ الخطاب قول أن هذا الالتزام في ذاته - أي الشرط الجزائي - صحيح يجب الوفاء به . ويصل من ذلك - بحق - إلى أن المالكية يصحون الشرط الجزائي إلا إذا كان مفضياً إلى الربا<sup>(٢٣)</sup> .

(٢٢) راجع : مجلة البحوث الاسلامية - اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء : بحث في الشرط الجزائي - مجلة كبار الأطباء بالملكة العربية السعودية ، مشار إليه من عمل ، ص ٦١ ، ١٣٩ .

(٢٣) راجع للشيخ زكي الدين شحان في رسالته التي حصل بها على شهادة العالمية في نظرية الشروط المقرنة بالمقد في الشريعة والقانون - الطبعة الأولى ، ١٩٦٨ ، القاهرة ، ص ١٦٢ - ١٦٤ ، راجع أيضاً في الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي : مصطفى الزبيدي ، المدخل للفتوى للمصالح رقم ٢٨٦ ، ص ٧١٢ - ٧١٤ .



وقد جاوز الحائلة الشرط للجزائي . ففي إطار تقسيم الشروط المقتربة بالمعقد عندهم الى شروط صحيحة فاسدة ، ولا يتسع المجال لعرضها<sup>(٢٤)</sup> ، نجد الشرط للجزائي يقع ضمن الشروط للصحيحة ، وعلى وجه الدقة فانه يندرج تحت نوع منها هو الشروط التي تحقق مصلحة العائدين ، ووجه المصلحة ان الشرط للجزائي حافظ ان اشتراط عليه ان ينجز للمشتراط حقه ومساعد له على اللجوء بشرطه ، فكان شعيها باشتراط اللعن والكفيل في اللوءا كصاحب الشرط . وعلى ذلك فالشرط للجزائي يرتبط للمعقد حيث انه تقدير للضرر للتوقع حصوله في حالة عدم اللوءا بالالتزام<sup>(٢٥)</sup> .

وقد خلص للراى في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وبالإجماع الى ان الشرط للجزائي الذى يجرى اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون للعذر مسقطا لوجوبه حتى يزول . وإذا كان الشرط للجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالى ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك الى المعدل والانصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة . ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف رأى الحاكم الشرعى عن طريق أهل الخبرة والنظر<sup>(٢٦)</sup> .

(٢٤) راجع القواعد النورانية للفتية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ ، ص ١٨٤ ، وما بعدها . . وراجع عرض لنظام الشروط في المذاهب المختلفة بحثنا عن شرط النكاح عن التصرف بين الشبهة والقانون .

(٢٥) بحث عن الشرط للجزائي لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في مجلة البحوث الإسلامية ، مشار اليه فيما سبق ، ص ١٣٤ .

(٢٦) راجع بحث هيئة كبار العلماء المشار اليه والراى في تصحيح الشرط للجزائي ولسانيه ، ص ١٤٠ - ١٤٢ .

راجع ايضا ، تعميم مالى وزير العدل في المملكة العربية السعودية رقم ١٠/١٣/٨ وتاريخ ١٣٩٥/٣/٢٦ حول قرار هيئة كبار العلماء بالتصديق ان الشرط للجزائي الذى يجرى اشتراطه في العقود صحيح معتبر يجب الأخذ به مالم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا .

ومخلص التعميم على هذا النحو ، منشور في مجموعة الأنظمة واللوائح والتطبيقات التى تصممها وزارة العدل . فخرس التلاميذ الصادرة بتاريخ مالى للبريد الموجودة بإدارة الوثائق والبحوث . ص ٤٠ من المجموعة .

## الفصل الثالث

### وسائل ضمان التنفيذ

#### ٦٨ - حق للضمان العام ووسائل حمايته :

عرضت المادة ٣٠٧ منى كويتي ( ٢٣٤ منى مصرى ) للضمان العام الدائنين ويقصد به أن لكل دائن أن يستوفى حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله . وتظهر عمومية هذا الضمان من ناحيتين : الأولى وعودها أن جميع أموال المدين تضمن الوفاء بحق للدائن . إذ يجوز له أن ينفذ على أى مال يوجد في ذمة المدين وقت التنفيذ سواء كان موجوداً وقت نشوء الحق الذى يراد استيفاؤه جبراً أو وجد في ذمة المدين بمعد نشوء الحق<sup>(١)</sup> . الثانية : وتظهر فيها عمومية الضمان على معنى أنه لا يخص دائن واحد وإنما هو ضمان مقرر لكل الدائنين ومؤدى ذلك المساواة بينهم فيه مما يؤدى الى قسمة الغرماء في حالة تعددهم والمدين واحد . ويلاحظ أن المساواة تقوم بين الدائنين للمباين دون غيرهم أصحاب حقوق تخولهم التمتع والتقدم .

وليس من شك في أن للدائن مصلحة في المحافظة على الضمان وتقويته . ولذا شرع من الوسائل ما هو كفيل بتمكين الدائن من التغلب على ما من شأنه أن ينقص أو يضعف هذا الضمان فقد يمتنع المدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير مما يضر بحق بالدائن لأن ذلك يجعل هذه الحقوق بمنأى عن الضمان العام . كذلك قد يقوم المدين بالتصرف في أمواله . بقصد الاضرار بدلائنه مما يؤدى الى اخراج المال محل التصرف من نطاق الضمان العام للدائن ومن ثم الى انقاصه . فوق كل ذلك قد يتسبب المدين في اضرار الدائن بأن يصل - نتيجة لتصرفاته - الى وضع تكون فيه ديونه أكثر من حقوقه ويوصف بأنه مصر . هذا فضلاً عما يهده للدائن من خطر الصورية في التصرفات .

---

(١) يجب ملاحظة ما نص عليه القانون المنى للكويتي في المادة ٢٤٩ من أن الحق

في الدية لا يدخل في الضمان العام للدائنين .

وقد نصت المادة ٢٣٦ من الشروع المصري لتقنين احكام لشرعة الاساسية في المعاملات المالية على الضمان العام . وهي تطبق المادة ٢٣٤ من القانون المنى المصري لالحالى ، كما تطبق المادة ٣٠٧ من القانون المنى الكويتي .

أزاء هذه المخاطر التي تهدد للدائن في ضمانه العام فقد قرر له المشرع من الوسائل ما هو كفيل بحمايته منها • فقد وفر للدائن وسيلة التظلم على الخطر الأول مائل في تقاضى الدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير اعنى الدعوى غير المباشرة • ولجانبية للخطر الثانى الناتج عن تصرف الدين في أمواله يقصد الإضرار بإجاز المشرع للدائن الضرور من هذا التصرف أن يضمن فيه مسؤولية التفاضل عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات لى الدعوى البولصية • وأخيرا نجد المشرع وقد إجاز للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم دائته بدوره بتنفيذ التزام يقع على عاتقه تجاه هذا المدين في إطار الحق في الحبس • كل ذلك إضافة إلى شهد الاعسار وللصورية وسوف تعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى للبولصية والحق في الحبس ثم نتناول شهد الاعسار وللصورية • ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا •

- المبحث الأول : في الدعوى غير المباشرة •
- المبحث الثانى : في دعوى عدم نفاذ التصرف •
- المبحث الثالث : لالحق في الحبس •
- المبحث الرابع : دعوى للصورية •
- المبحث الخامس : شهد الاعسار •

## المبحث الأول

### الدعوى غير المباشرة

#### L'ACTION OBLIQUE OU INDIRECT

٦٩ - تقسيم :

تعد الدعوى غير المباشرة وسيلة من وسائل المحافظة على حق الضمان العام للدائن وسوف نتناول أولا تعريف هذه الدعوى وشروط استعمالها ثم نطرق ثانيا إلى بيان طبيعتها وآثارها ونعرض في النهاية لتصور هذه الدعوى في الفقه الاسلامى • كل ذلك في مطالب ثلاثة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 883, p. 706, n. 890, p. 715. (٦)

راجع أيضا  
STARCK (B.) : « Action oblique », Rép. de dr. cir., 1970 t. 1.

## المطلب الأول

### تعريف الدعوى غير المباشرة وشروط استيعمالها

#### ٧٠ - تعريف الدعوى غير المباشرة :

٥٨ - هي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له في  
خمة الغير . وقد عرضت لها المادة ١/٣٠٨ مدنى كويتى (م) ١/٢٣٥ مدنى  
مصرى ( وتنص على أن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن  
يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية » .

وعلى ما يبدو لنا ، فإن تسمية هذا الاجراء بالدعوى غير المباشرة  
تعد تسمية غير دقيقة . فالمقصود هنا ونحن بسبيل تناول وسائل المحافظة  
على الضمان العام أن يستعمل الدائن حقوق مدنية لدى الغير . والغالب أن  
يكون استعماله لها عن طريق دعوى يرفعها على الغير باسم المدين بطلبه  
فيها بحقوق الأخير . ولكن ليس ثمة ما يمنع الدائن من اتخاذ اجراء آخر  
وصولاً الى نفس الهدف . مثل تسجيل عقد اشترى به المدين عقاراً ،  
أو قيد رهن يضمن حقاً لمدينه لدى الغير أو تجديد قيد الرهن أو اعلان  
حكم صدر لصالح المدين أو للطعن في حكم صدر ضده (٢) .

وتختلف الدعوى غير المباشرة عن وسيلة أخرى قصد بها المشرع توفير  
حماية خاصة لبعض الدائنين . ونقصد الدعوى المباشرة وهي دعوى  
يقيمها الدائن باسمه وإحسابه للمطالبة بحق مدينه لدى الغير (٣) . ومن  
أمثلتها ما نص عليه المشرع المدنى للكوييتى في المادة ٢/٦٠٢ (م) ١/٥٩٦  
مدنى مصرى ( بخصوص الدعوى التى يرفعها المؤجر ضد المستأجر من اللباطن  
المطلبة بما فى نتمته للمستأجر الاصلى .

(٢) الفكرة ايضا صحيحة للعقود المدنى الكوييتى ، ص ١٨٠ .

(٣) دلجى فى الفقرة بين الدعوى المباشرة وغير المباشرة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706 ets. n. 692.

p. 715, n. 693, p. 716.

## ٧٦ - شروط استعمال الدعوى غير المباشرة :

تضمنت المادة ٣٠٨ مدنى كويتى ( م ٢٣٥ مدنى مصرى ) شروطا لاستعمال هذه الدعوى ونوجزها فيما يلى :

## ٧٧ - للشرط الأول : عدم استعمال الدين لحقوه :

حتى يتمكن الدائن من استعمال حقوق مدينه لدى الغير يلقى التلقا بالا يكون هذا الدين قد استعمل تلك الحقوق . فإذا كان الدين قد طالب بتجبه بموجب دعوى مثلا فليس للدائن أن يرفع دعوى باسم مدينه المطالبة بهذا الحق . كل ما هنالك أن الدائن يطلب إحالة خصما في هذه الدعوى .

ولكن عدم استعمال الدين لحقوقه لا يكفى بذاته لرفع الدعوى غير المباشرة من جانب دائنه بل يتعين أن يكون في عدم استعماله لحقوقه هذه ما يؤدى الى أضراره أن لم يكن مضرا او الى زيادته أن كان كذلك . ويقصد بالأضرار الفعلى منه على معنى أن للزلمات الدين تترقى حقوقه وذلك بفعل النظر عن صدور حكم الأضرار . ويقع على فائى الدائن تحبه لتبسات أضرار الدين او زيادة أضراره .

## ٧٨ - للشرط الثانى : ألا يكون الحق متصلا بشخص الدين أو غير قابل للحجز ؟

لما كان الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على القسمان العام للدائن ، فإن الأصل أن الدائن يستعمل باسم مدينه جميع حقوقه المالية لدى الغير . واستثناه على ذلك ، فإنه لا يجوز للدائن أن يستعمل من حقوق مدينه - بموجب هذه الدعوى - ما كان منها متصلا بشخصه .

وعلة هذا الاستثناء تكمن - على ما يبدو - في أن المطالبة بمثل هذه الحقوق إنما تنبئ على اعتبارات تخص المدين شخصيا ومن ثم فهو أفضل من يقررها . مثال ذلك اذا تمثل حق المدين لدى الغير في تمويض عن ضرر أصبه . ولستثنى المشرع أيضا حقوق المدين لدى الغير اذا كانت من الحقوق التى لا يجوز للحجز عليها . إذ في هذه الحالة لا يتحقق المسحف المنشود من استعمالها من قبل الدائن بالدعوى غير المباشرة . هذا المسحف الذى يمثل - كما ذكرت - في المحافظة على الضمان العام للدائن وتوقيته (\*) .

V. MAZEAUD : op. cit., n. 973, p. 938 , l'action oblique (٥)

n'était ..... qu'une mesure de conservation du patrimoine .

comp. STARCK : op. cit., n. 7.

وكما نوهنا من قبل ، فإن المشرع المدني الكويتي قد ضمن نص المادة ٢٤٩ تطبيقاً إسلامياً جديداً يكون فيه حق المدعى لدى الغير متصلاً بشخصه بحيث يمتنع على دائئه استعماله بالدعوى غير المباشرة . والمادة نصها كالآتي : « لا يدخل الحق في الدية في الضمان العام للدائنين » . والمعنى الواضح للنص - على ما جاءت به الفكرة الإيضاحية - أن الدية لا تدخل في الضمان العام للدائنين المستحقين ، ما بقيت مستحقة له على من يلزم بإدائها . وقد روعي في ذلك أن الدية تستحق لها عن إزهاق للروح ، وأما عن إصابة تلحق الجسد . وهي بهذه المثابة تستحق عن أمور محض شخصية . فلا ينبغي أن يسمح للدائنين أن تصد يدهم إليها ، لبقائه استيفاء ديونهم منها ، طالما أنها لم تدفع بعد إلى مستحقها . ويترتب على إخراج الدية من الضمان العام المقرر للدائنين ، طالما بقيت مستحقة لم تدفع أن هؤلاء لا يستطيعون الحجز عليها لدى الملتزم بها ، ولا أن يطالبوه بها باسم عدينتهم ونياجة عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة . أما إذا دفعت الدية بالفعل، لم يستحقها ، فاتها تختلط بأمواله وتدخل بذلك في الضمان العام لدائنيه (٦) .

#### ٧٤ - الشرط الثالث : وجوب ادخال الدين خصماً في الدعوى :

يجب أن يقوم الدائن وهو بسبيل استعمال حقوق مدينه لدى الغير بالدعوى غير المباشرة بإدخال هذا الدين خصماً فيها . وقد ورد هذا الشرط صراحة بالنص . والحكمة منه تتجسد في أن يكون للحكم الصادر فيها حجية على الدين . وليس من شك في أن ادخال الدين خصماً في الدعوى إنما يحقق فائدة أخرى . إذ لا يكون هناك أي مبرر - مع هذا الإدخال - لقيام الدائن باعتذار الدين قبل رفع الدعوى .

(٦) راجع ، الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، المشار إليها من قبل ص ١٦٦ .

## المطلب الثاني

### طبيعة الدعوى غير المباشرة وآثارها

#### ٧٥ - طبيعة الدعوى غير المباشرة :

قبل أن نتناول آثار الدعوى غير المباشرة يجب أن نعرض أولا لطبيعتها . وفي ضوء هذه الطبيعة يسهل علينا تحديد آثارها .

وعن هذه الطبيعة نقول : لما كان جوهر هذه الدعوى يتمثل في قيام الدائن، وباسم مدينه باستعمال حقوق هذا الدين لدى الغير فإنه واستنادا الى نص المادة ٣٠٩ مدنى كويتى ( م ٢٣٦ مدنى مصرى ) يمكننا القول بأن الدائن يمد بذلك نائبا عن الدين<sup>(١)</sup> والنيابة هنا نيابة قانونية تستند الى النص السابق وما جاء به في هذا الخصوص من أنه يتخير الدائن في استعمال حقوق دائننه نائبا عنه .

وما ينبغي أن يلاحظ هنا أن هذه النيابة هنا طالبعها الخاص . ومظهر الخصوصية أنها ليست مقررة لصلحة الاصيل كما تقضى القواعد للعادية للنيابة وانما هي نيابة يعمل فيها لصلحته هو<sup>(٢)</sup> .

#### ٧٦ - آثار الدعوى غير المباشرة :

في ضوء هذه الطبيعة للدعوى غير المباشرة يمكننا أن نحدد آثارها على النحو التالي :

١ - يظل للمدين الحق في التصرف في حقوقه التي يستعملها الدائن نيابة عنه بالدعوى ولا يجوز للدائن أن يعترض على تصرفات الدين في حقوقه لدى الغير أيا كانت طبيعة هذه التصرفات . وأن أراد فيكون عن طريق الدعوى البولصية ، كما سنرى فيما بعد . كما يكون للمدين أيضا أن يستوفى هذه الحقوق . واساس ذلك كله أنه ولئن كان الدائن يستعمل باسم الدين حقوقه تجاه الغير فإن ذلك باعتباره نائبا ويبقى الدين أصلا .

---

SAVATIER : op. cit., p. 133, n. 96.

(١) ولج ، عبد القم نرج الصده ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

٨٩

( م ٦ - الالتزام )

٢ - يجوز للدين المدين ان يتمسك في مواجهة الدائن باعتباره نائبا بجميع الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الدين مثل الدفع بالبطان(١) . ولكن لا يجوز له التمسك في مواجهة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية به . لأن الدائن لا يدعى باسمه الشخصي ولكن باعتباره نائبا(٢) .

٣ - ان الفائدة الناتجة عن الدعوى ماثلة في تقوية الضمان العام لا ينفرد بها الدائن رافع الدعوى وحده بل يشترك معه فيها مسائر الدائنين .

٧٧ - للدعوى غير المباشرة في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

أورد المشروع للحكم بشأن الدعوى غير المباشرة وشروطها في المادة ٢٣٧ ونصها كالآتي :

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا الدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة او غير قابل للحجز .

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان الدين لم يستعمل هذه الحقوق وان عدم استعماله لها من شأنه ان يسبب اعساره أو يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار الدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى .

والنص يطابق المادة ٢٣٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لهما من قبل .



### الطلب الثالث

## الدعوى غير المباشرة في الفقه الاسلامي

٧٨ - الدعوى غير المباشرة استثناء :

لم يغف عن الفقه الاسلامي فكرة الضمان العام للدائن وما يتهده من مخاطر . فقد ورد على لسان ابن رجب في كتاب القواعد في الفقه الاسلامي ان المدين « لو امتنع عن وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاء عنه صح وبرئ منه ولا ضمان » (١١) .

ومفهوم ذلك بطبيعة الحال ان اموال المدين تضمن للوفاء بمديونه . ومع وجود الضمان العام للدائن ، فانه قد يجابه بعض المخاطر التي تصعب هذا الضمان وتسلبه مضمونه مما يجعل حماية دينه غير كافية . ومن هذه المخاطر تقاعس الدين ولعماله في المطالبة بحقوقه لدى الغير . فهل للدائن في الفقه الاسلامي ان يطالب مدين المدين بهذه الحقوق ؟

يبدو لنا ان القاعدة في الفقه الاسلامي عدم جواز ذلك ابتداء . فقد نصت المادة ١٦٤٠ من مجلة الاحكام المطبوعه على ما يأتي : « لا يصلح مديون المديون خصما للدائن » ومؤدى ذلك ان مطالبة الدائن بحقوق مدينه لدى الغير وهي ما يطلق عليه في القانون « الدعوى غير المباشرة » لا تستجيب لها من حيث المبدأ القاعدة المذكورة من هذه المجلة . وعلى الرغم من ذلك ، نجد استثناءات على القاعدة المتقدمة في الفقه الاسلامي تمثل بمضمونها فكرة الدعوى غير المباشرة في القانون . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٦٣٩ من

(١١) انظر القواعد في الفقه الاسلامي للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن ابن رجب

الحنبلي ، دار المعرفة ، بيروت قاعدة رقم ٩٦ ، ص ٢٢١ .

المجلة المشار إليها • فيبعد أن ردت للقاعدة محل الاستثناء بقولها « لا يكون  
الوديح خصما لدائن الودع » أضاحت ، ولكن لأن وجبت نفقته على الغائب أن  
يدعى بها على الوديح ليأخذها من درائم الغائب التي هي إمائة عنده ،

ومنهمو ذلك أنه إذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من  
النقود المودعة نفقة لن وجبت نفقته على صاحب الوديعة (م) ٧٩٩ من  
المجلة ) كان لن وجبت له النفقة على هذا الغائب أن يدعى بها على الوديح ،  
وذلك على أساس حكم المادة ٩٦٣٩ سابقة الذكر .

وإذا حققنا النظر في هذه الصورة برمتها وجدفنا فلفنا بالنفقة ومديننا  
بها وهو صاحب وديعة نقضية لدى شخص آخر هو الوديح • وأن الدائن  
بهذه النفقة يستطيع في حالة غياب المدين بها ( صاحب الوديعة ) أن يطالب  
مدين للمدين ( الوديح ) بهذه النفقة • فالدائن يرفع الدعوى على مدين مدينه  
مطالبا إياه باستيفاء النفقة من حق المدين بها في ذمته وليس من شك  
في أن ذلك يتضمن عناصر الدعوى غير المباشرة • ويمكننا أن نقيس على حكم  
الحالة السابقة ، تطبيقات أخرى ، كلما اتحدت العملة • إذ العلة ليست قاصرة  
على علاقة الدائن بالنفقة مع مدين مدينه ، وإنما تمتد لتشمل كل فرض  
تتوافر فيه معطيات الحالة المشار إليها من دائن ومدين وثالث مدين للمدين •

## البحث الثاني

### الدعوى البولصية

L'ACTION PAULIENNE

#### أو

### دعوى عدم نفاذ التصرف

٧٩ - اشرنا الى أن قيام المدين بالتصرف في أمواله قد يلحق بالدائن وضعائه العام ابلخ للضرر . ولم يشأ المشرع أن يترك للدائن فريسة للمدين فأجاز له الطعن في تصرفات الأخير بالدعوى البولصية وصولا الى عدم نفاذ التصرفات تلك ، وفتناول أولا تعريف هذه الدعوى وشروطها ثم فتطرق الى تحديد نطاقها وما يمكن أن ترقبه من آثار . ونعرض أخيرا لتصور الفقه الاسلامي لهذه الدعوى .

وفي خضم ذلك نقسم دراستنا في هذا البحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الدعوى البولصية وشروطها .

المطلب الثاني : نطاق الدعوى البولصية وآثارها .

المطلب الثالث : تصور الفقه الاسلامي لدعوى عدم نفاذ التصرف .

---

(١٢) راجع في الفقه الفرنسي :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 688, p. 721 ets.

STARCK (B.) : « Action Paulienne », Rép de dr. civ., 1979, t. 1.

## المطلب الأول

### تعريف الدعوى البولصية وشروطها

#### ٨٠ - تعريف الدعوى البولصية :

٦٤ - هي دعوى يرفعها الدائن للظن في تصرفات مدينة الشوبة بالفش . وهناك يثور التساؤل عن طبيعة هذه الدعوى باعتبارها إجراء للظن على النحو المتقحم ؟ وبالإجابة على هذا التساؤل تتحدد طبيعتها .  
فقد كان ينظر إليها قديما على أنها تؤدي الى ابطال ما يقوم به المدين بتصرفات يقضد الاضرار بالدائن ومن ثم تحدثت بطبيعتها على انها دعوى لابطال للتصرفات . والسائد الان انها دعوى بعدم نفاذ التصرفات .  
فذلك أنها تؤدي الى عدم نفاذ التصرف الذي قام به في حق الدائن . مع بقاء التصرف قائما بين طرفيه (١٢) .

#### ٨١ - شروط الدعوى البولصية :

يمكننا أن نقسم للدعوى البولصية الى شروط تتعلق بالدائن واخرى تتعلق بالمدين (١٣) .

---

(١٢) راجع ، لسنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٥ ، ص ٢٣ - جميل الشرفاوي ، دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، المصد الاول ، مارس سنة ١٩٥٩ .

راجع ايضا طبيعة الدعوى في الفقه الفرنسي :

راجع ايضا المادة ٣١٦ مدني كويتي وما بها من تطبيقات خاصة لدعوى عدم نفاذ التصرف . ومنها حالة لو تمثل تصرف المدين في تفضيل دائن على آخر باعطائه تامين وحالة يوثق فيها المدين المهر احد دلتنيه قبل حلول الاجل .

(١٤) راجع في هذه الشروط :

CARBONNIER : op. cit., n. 141, p. 557.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 700, p. 723 ets.

## ٨٢ - أولا : الشروط التي تتعلق بالدائن :

يشترط في جانب الدائن الذي يلجأ لاستخدام هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الأداء سابقا في وجوده على التصرف المطعون فيه وأن يصاب الدائن بضرر من جراء هذا التصرف ، ونفصل ما لجئنا :

### ١ - يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء :

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٣١٠ من القانون المدني الكويتي ( م٠ ٢٣٧ مدني مصري ) . وبناء على هذا الشرط لا يجوز للدائن أن يضمن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية إذا كان حقه مضافا الى أجل أو معلقا على شرط . ما دام لم يحن ذلك الأجل ولم يتحقق ذلك الشرط . وإذا كان يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وجب أيضا أن يكون حقه خاليا من النزاع فالحق لا يستحق الوفاء به الا إذا خلا من النزاع (١٥) .

### ٢ - أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه (١٦) :

وهذا شرط يقتضيه المنطق . ولعل في حذف هذه الدعوى ما يبرره فالدائن يرفعها وصولا الى عدم نفاذ ما قام به الدين من تصرفات بقصد الاضرار به . ومثل هذا الضرر بالدائن من جراء تصرفات الدين لا يتصور وقوعه أصلا الا إذا كان حق الدائن سابقا في وجوده على تصرفات هذا الدين . فكيف يدعى الدائن أن ضررا أصابه من تصرفات مدينه ولم يكن دائئا وقت وقوعها ؟ وتبعا لذلك لا يجوز للدائن أن يباشر هذه الدعوى إذا كان حقه لاحقا في الوجود على تصرفات الدين . والمعبرة في أسبقية حق الدائن هي بتاريخ نشوء هذا الحق بالنظر الى تاريخ إبرام التصرف المطعون فيه . وعلى ذلك يكون الشرط قد تحقق إذا كان حق الدائن سابقا في تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف (١٧) . ويقع على عاتق الدائن اثبات أسبقية حقه على تاريخ إبرام التصرف . ويكون له ذلك باثبات الوثيقة المثبتة للحق فإذا كانت مادية ( مثل العمل غير المشروع ) كان له الإثبات بشتى الطرق ، بينما يخضع للقواعد العامة في اثبات التصرفات القانونية لو كان مصدر حقه واقعة قانونية .

(١٥) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

V. MAZEAUD : op. cit., n. 980, p. 950.

(١٦)

(١٧) راجع ، محمد لبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٤ ، ص ٢٥٩ .

لا يكفي أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا في وجوده على تصرف الصين محل اللطم بل يجب توفيق ذلك أن يكون الدين قد ارتكب غشا في تصرفه هذا ويكون التصرف إليه على علم بهذا الغش . ويلاحظ أن وجوب توافر الغش في جانب الدين وعلم المتصرف إليه به ليس مطلقا أيا كان نوع تصرفه . فاشتراط الغش أمر مقصور على المعوضات دون للتبرعات وقد نصت على ذلك المادة ١/٣١١ مدني كويتي .

(١) فإذا كان تصرف الدين يعمد اشتراطا لجواز اللطم فيه بالدعوى اللبصلية توافر نية الغش لديه وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذه النية .

والمراد بنية الغش قصد الاضرار بالدائن . ويتحقق لي عائق للدائن عيه لتبطل ذلك . وقد يصر له للمشرع ذلك في المادة ١/٣١١ مدني كسويتي (م) ١/٢٢٨ مدني مصري ) إذ قالت : « ويفترض غش الدين إذا ثبت للدائن علمه وقت التصرف بأنه مصر أو بأنه كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك » .

كما يفترض علم المتصرف إليه بغش الدين إذا ثبت للدائن أنه كان يعلم وقت التصرف أن الدين مصر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك ، . ومع ذلك بطبيعة الحال أن النص قد جعل علم الدين باعساره وعلم المتصرف إليه به أو إمكان ذلك قرينة على غش هذا الدين وعلم المتصرف إليه به ومن ثم فليس على الدائن إلا يثبت علم الدين باعساره وعلم خلفه به .

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط النص علم المتصرف إليه باعسار الدين - إضافة إلى علم الأخير به . لفعا بهدف إلى حماية المتصرف إليه حسن النية الذي لم يعلم بغش الدين حماية لاستقرار المعاملات .

(ب) لما إذا كان تصرف الدين تبرعا ، جاز للدائن أن يعطى فيه بالدعوى اللبصلية ، ولا يشترط لمعهم نفاذه في حقه غش هذا الدين ولا حسن نية المتصرف إليه (م) ٣/٣١١ مدني كويتي م . ٢/٢٢٨ مدني مصري ) وعلة للفرقة بين المعوضات والتبرعات على النحو المتقدم ترجع إلى أننا نجد الدائن في التبرعات وهو يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع الدين وفي حالة نفاذه

والمتبرع له لا يشكو الا من غشوات كسب أو منفعة في حالة عدم  
النفذ والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى كسبا أو  
منفعة فالأول أجدر بالحماية • لأن دفع الضرر مقدم على جلب  
المنفعة (١) • ولهذا لم يشترط للشرع غش المحين ليضمن الدائن  
في تصرفه اذا كان تبرعا •

٨٤ - ولكن كيف السجيل في شرط غش المحين وعلم المتصرف اليه به اذا كان  
هذا المتصرف اليه قد تصرف بدوره الى آخر ؟

في الاجابة على هذا السؤال نفرق بين عدة فروض (٢) :

#### الفرض الأول :

ان يكون للتصرف الأول والثاني معاوضة ويشترط لصدم نفاذ للتصرف  
ان يكون المتصرف اليه الثاني على علم بغش للدين وعلى علم ايضا بأن المتصرف  
اليه الأول كان يعلم بهذا الغش ( م • ٣١٢ مـنى كويتي ) •

#### الفرض الثاني :

ان يكون للتصرف الأول والثاني تبرعا • وفيه لا يلزم تولف اي شرط  
بخصوص الغش أو العلم به لصدم نفاذ للتصرف والصورة بحكمها تستخلص  
من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١١ مـنى كويتي •

#### الفرض الثالث :

ان يكون للتصرف الأول معاوضة والثاني تبرعا • وفيه قالت المذكرة  
الايضاحية عبارة ليست واضحة وهي أنه يكفي أعمال الفقرة الثانية من المادة  
٣١١ لتصل الى أنه لا يشترط شرط جديد في هذه الصورة • ونرى أنه ما دام  
التصرف معاوضة من المحين طبقنا المادة ١/٣١١ وتشترط غش المحين وعلم  
المتصرف اليه الأول بهذا الغش لا ينفذ المتصرف في حق الدائن •

#### الفرض الرابع :

ان يكون للتصرف الأول تبرعا والثاني معاوضة • وفيه لا يشترط  
لصدم نفاذ للتصرف سوى علم المتصرف اليه الثاني ان المحين كان معسرا  
وقت تصرفه للتصرف اليه الأول • فلا يشترط غش المحين ولا علم المتصرف اليه  
الأول بهذا الغش ( م • ٢/٣١٢ مـنى كويتي ) والصورة بحكمها تستخلص  
من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٢ مـنى كويتي •

(١٩) راجع ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣١ • محمد لبيب شنب المرجع السابق

رقم ٢٦٥ ص ٣٦٢ •

(٢٠) راجع حكم المادة ٢/٢٢٨ مـنى مصرى •

## المطلب الثاني

### نطاق الدعوى البولصية وآثارها

#### ٨٥ - نطاق للدعوى البولصية :

يتحدد نطاق هذه للدعوى بمأهية للتصرف الذى يصدر من المدين ويجوز للدائن أن يطعن فيه بعدم النفاذ . لاذ يجب أن يكون تصرفا قانونيا مفقرا ( م٠ ٣١٠ مدينى كويتى ) :

( أ ) فيجب فى المقام الأول صدور تصرف قانونى من المدين حتى تتاح لدائن فرصة طلب عدم نفاذه عن طريق الدعوى البولصية .  
والتصرف القانونى هو عمل تتصرف اليه ارادة المدين بقصد أحداث أثر قانونى . سواء كان معاوضة مثل البيع أو تبرعا مثل الهبة . وعلى ذلك اذا كان ما صدر من المدين عبارة عن واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا لما جاز للدائن الطعن فيه بالدعوى البولصية . وتطبيقا له ، اذا ارتكب المدين خطأ سبب ضررا للغير التزم بتعويضه قانونا . لا يمكن للدائن الطعن فيه بالدعوى المذكورة (٢١) .

(ب) وفى المقام الثانى ، يجب أن يكون للتصرف القانونى مفقرا . ويكون للتصرف كذلك اذا كان من شأنه أن يؤدي الى انقاص حقوق المدين أو الى زيادة التزاماته مما يؤدي الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادة اعساره اذا كان معسرا . ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين أو زيادة اعساره ( م٠ ٣١٣ مدينى كويتى - م٠ ٢٣٩ مدينى مصرى ) . والمقصود بالاعسار ، الاعسار الفعلى حيث تزيد ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله . دون الاعسار القانونى حيث تزيد ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله (٢٢) .

(٢١) راجع ، محمد لبيب شخب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٢ ، ص ٢٥٤ .

(٢٢) راجع ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٨ - ٢٩ ، راجع ايضا ص ٢٩ .



## ٨٦ - آثار الدعوى البولصية (٣٣) :

تتحدد آثار الدعوى البولصية في ضوء طبيعتها كما تحدثت من قبل على اعتبار أنها دعوى عدم نفاذ تصرف • ونفوق بين آثارها بالنسبة للدائنين وآثارها في العلاقة بين المدين والتصرف إليه •

## ٨٧ - آثار الدعوى بالنسبة للدائنين :

إذا توافرت شروط الدعوى البولصية في النطاق المحدد لها حكم القاضي بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن • على أن الاستفادة من الحكم على هذا الوجه لا تقتصر على الدائن رافع الدعوى بل تمتد إلى الدائنين الآخرين الذين صدر التصرف أضراراً بهم ولو لم يرفعوا الدعوى أو لم يشتركوا في رفعها شريطة أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المظنون فيه (٣٤) • ونصت على ذلك المادة ٣١٤ منى الكويتي ( م • ٢٤٠ منى مصرى ) بقولها « إذا تقرر عدم نفاذ التصرف ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضراراً بهم » (٣٥) •

وتطبيقاً لذلك ، إذا كان التصرف ناقلاً للملكية وحكم بعدم نفاذه كآثر لظن أحد الدائنين فيه بالدعوى البولصية كان لهذا الدائن وكذا باقى الدائنين توقيع الحجز على المال محل التصرف المذكور وصولاً إلى بيعه بإزاد الطنى لاستيفاء حقوقهم من الثمن • كل ذلك على أساس أن الملكية ما زالت للمدين • ويلاحظ أن المشرع المنى الكويتي قد صرح حتى المادة ٣١٧ بسقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف (٣٦) •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 714, p. 735.

(٣٣)

(٣٤) قلون

SAVATIER : « l'action paulienne est une action égoïste »

op. cit., p. 134, n. 97.

MAZEAUD : op. cit., n. 1005, p. 957

(٣٥) نفس الحكم في فرنسا :

وعكس ذلك حكم النقض الفرنسى :

Cass. civ. 4. 21 — 1923 : s. 1923 — 1 — 254

مشار إليه في المرجع المذكور •

(٣٦) وهو حكم مماثل لنص المادة ٢٤٣ منى مصرى •

## ٨٨ - آثار الدعوى في العلاقة بين المدين والمتصرف اليه :

إذا صدر حكم القاضي بعدم نفاذ التصرف ، فإن هذا لا يؤثر في موجبة الدائنين ولا اثر له على للتصرف في العلاقة بين المتصرف ( المدين ) والمتصرف اليه . اذ يبقى قائما وتنفذا في العلاقة بين طرفيه ، ومن ثم تقترب آثاره . وعليه فإنه اذا حصل الدائنون على حقوقهم فإن الزيادة تكون للمتصرف اليه الذي يستطيع ان يرجع بالضمان على المتصرف بقدر ما اخذ الدائنون وله ايضا ان يطلب الفسخ .

ونود ان نبرز في هذا الصدد ما نصت عليه المادة ٣١٥ من قانون الكويتي من ان المتصرف اليه يمكنه ان يتخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف اذا اودع خزنة ادارة للتنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه . ويختلف الحكم في هذا النص عن حكم للنص المقابل في القانون المدني المصري . فقد نصت المادة ٢٤٦ منه على أنه : اذا كان من تلقى الحق من المدين المصر لم يضع ثمنه فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزنة المحكمة ، والمعنى للواضح للنص ان امكن تخلص المتصرف اليه من دعوى عدم نفاذ التصرف انما يتحدد بكونه مشتريا ولم يدفع الثمن . فما عليه الا ايداعه خزنة المحكمة . اما حكم النص الكويتي فواضح في تخلص المتصرف لليه من هذه الدعوى في جميع الأحوال سواء كان مشتريا ام لا وذلك عن طريق ايداع قيمة المال المتصرف فيه خزنة ادارة التنفيذ .

## ٨٩ - احكام الدعوى البوصية او دعوى عدم نفاذ التصرف في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٣٩ من المشروع على ما ياتي : لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، ان يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية ، .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٣٣٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق نص المادة ٣١٠ من القانون المدني الكويتي وقد استحدث احكامه من هذا النص المصري . وعرضنا للنصين فيما مر عند شرح شروط الدعوى البوصية ، سيما ما تعلق منها بالدائن .

ونصت المادة ٢٤٠ من المشروع على ما يلي :

١ - اذا كان تصرف المدين بمعرض ، اشترط لصحة نفاذه في حق الدائن ان يكون منطقيا على غش من المدين ، وان يكون مصدرا له للتصرف

على علم بهذا الغش، ويكفي لاختبار التصرف منطوياً على الغش، أنه يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه محصر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالمًا بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين محصر.

٢ - أما إذا كان للتصرف تجرباً، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً.

٣ - وإذا كان للخلف الذي انتقل له الشيء من المدين قد تصرف فيه بموضوع إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن، أنه بقتسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان للخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم للخلف الأول بهذا الغش، أن كان المدين قد تصرف بموضوع، أو كان هذا الخلف للثاني يعلم إفسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول، أن كان المدين قد تصرف له تبوعاً.

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٣٨ من القانون المدني المصري الحالي، كما يطابق في حكمه المادتين ٣١١، ٣١٢ من القانون المدني الكويتي، وقد عرضنا لأحكامها جميعاً من قبل بمناسبة شروط الدعوى البولصية، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالمدين.

ثانياً: وفي تحديد نطاق دعوى عدم نفاذ التصرف بالتصرف المفقر، وهو تصرف يكون كذلك إذ أدى إلى إفسار المدين أو التي زيادة إفساره نصت المادة ٢٤١ من المشروع على ما يأتي: «إذا ادعى الدائن إفسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها».

والنص يطابق المادة ٢٣٦ من القانون المدني المصري الحالي، كما يطابق المادة ٣١٣ من القانون المدني الكويتي، وسبق أن عرضنا للنصين ونحن نتناول نطاق الدعوى البولصية.

ثالثاً: وفي آثار دعوى عدم نفاذ التصرف، فيوز يشأنها نصيغ من المشروع: الأول وهو نص المادة ٢٤٢ ويقضى بما يلي: «على تقرر عدم نفاذ التصرف استناداً من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف ضراباً بهم».

والنص يطابق المادة ٢٤٠ من القانون المدني المصري الحالي. كما يطابق المادة ٣١٤ من القانون المدني الكويتي. وقد عرضنا للنصين الآخرين من قبل ونحن نتناول آثار الدعوى البولصية.

أما للنص الثاني من المشروع ، فهو نص المادة ٢٤٣ ويجرى على النحو التالي : « إذا كان من تلقى الحق من الدين المصر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة »

والنص يطابق حكم المادة ٢٤١ من القانون المدني المصري الحالي ، وقد عرضنا له من قبل . ويختلف عنهما النص المقابل من القانون المدني الكويتي وهو نص المادة ٣١٥ . ونخلص الاختلاف في أن تخلص المتصرف إليه عن

دعوى عدم نفاذ التصرف إنما يتحدد - في النصين المصريين سالفين للذكر - يكون هذا المتصرف إليه مشتريا ولم يدفع الثمن وما عليه إلا القيام بجيداعه خزانة المحكمة . أما النص الكويتي - وقد عرضنا له من قبل - فواضح في إمكان تخلص المتصرف إليه من هذه الدعوى في جميع الأحوال ، سواء كان مشتريا أم لا ، وذلك عن طريق إيداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة إدارة التنفيذ .

ولزاء ذلك ، فإننا نقسمال عما جاء بالمشروع تطبيقا على نص المادة ٢٤٣ منه وأنها تطابق حكم المادة ٣١٧ من مشروع التقنين المدني الكويتي - اللهم إلا إذا كان هذا النص للمشروع الكويتي قد لحقه التعديل . ولذا فإن الأمر يستدعي إعادة النظر من قبل واضع المشروع المصري .

رابعا : وعن أثر معنى المدة أو مرور الزمان ، تنص المادة ٢٤٥ من المشروع على أنه : « لا تسمح دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمح في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه للتصرف » . ونص المشروع على هذا النحو وقد أخذ بحكم مرور الزمن وأثره يتمثل في منع سماع الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته جريا على أحكام الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، يطابق المادة ٣١٧ من القانون المدني الكويتي . كما يطابق أيضا ، ومن حيث المدة ، المادة ٢٤٣ من القانون المدني المصري الحالي .

## المطلب الثالث

### تصور الفقه الاسلامي لدعوى عدم نفاذ التصرف

#### ٩٠ - القاعدة حرية الدين في التصرف :

الأصل في الفقه الاسلامي ان الدين لا يمنع من التصرف في ماله وتقع كل تصرفاته صحيحة ما لم يكن في مرض الموت أو كان قد تم الحجز عليه للاقلاص ، وهذا رأي الجمهور ومنهم الحنفية . فقد نصت المادة ٢٢٠ من مرشد الحيران على أنه « اذا كان محجورا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجوز عليها ديناً في ذمته لأحد عشر مائة فلسائر عشر مائة نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه » (٢٧) .

وننبه هنا إلى موقف الأحناف من الحجز على الدين (٢٨) . عند أبي حنيفة لا يجوز الحجز على الدين . ويؤكد ذلك ما جاء عنه في شرح القدير : « لا أحجز في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب عشر مائة الحجز عليه لم أحجز عليه لأن في الحجز اضرار أهل بيته فلا يجوز لدفع ضرر خاص » .

وقال أبو يوسف ومحمد بجواز الحجز . وجاء في شرح فتح القدير : « وقالوا إذا طلب غرماء الغلس الحجز عليه حجز القاضي عليه » ، وعند الخليلية ، جاء في القواعد الفقهية لابن رجب « التصرفات المالية كالحق والوقف والصحة والهبة اذا تصرف بها ( أي الدين ) وعليه دين ولم يكن حجز عليه دين ولم يكن حجز عليه فالذهب صحة تصرفه » (٢٩) .

---

(٢٧) راجع أيضا المادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام المحلية ونصها كالآتي :

« الحجز يؤثر في كل ما يؤدي إلى لبطال حق الغرماء كإلزامهم وبالمنقص من ثمن مثله . وعلى هذا لا تعتبر عقود المدينين المجلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المرسدة بحقوق للغرماء ..... »

(٢٨) شرح فتح القدير للعلائي القدير ، الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن القيم ، الجزء الثامن من شرح الهادي وهو نقلا عن الأفكار في كشف الرموز والأسرار لولانا شمس الدين أحمد بن قسود المعروف بقاسم ، زلده وهي تكمله فتح القدير ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٥ .

(٢٩) القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب . مشار إليه من قبل ، للقاعدة الحادية عشرة ، ص ١٤ .

وجاء في المفتي د ما فعله المفسر قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو حبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا تعلم أحدًا خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولأن موجب البيع الحجر فلا يتقدم سببه ، (٣٠) ، لضافة في ذلك أيضا نصت المادة ١٥١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « تصرفات المفسر قبل الحجر عليه نافذة وكذا اقراره مطلقا » .

أما بعد الحجر فقد تناولت حكم تصرفات المفسر المادة من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل حكم تصرفات المفسر بقولها « بمجرد الحجر على المفسر يتطرق حق غرمائه بما له للوجود والحادث له بارت أو نحوه » فلا يصح اقراره به لأحد ولا تصرفه فيه تصرفا مستأنفا ببيع أو حبة أو عتق أو وقف ونحو ذلك . أما للتصرف غير الاستئناف كالفسخ لعيب أو نحوه فيما لشترائه قبل الحجر أو الامضاء فيصبح منه دون اشتراط كونه أحظ ، .

وجاء في الاستبصار والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية فيما يمنع الدين وجوبه وما يمنع « فلو كان عليه دين بقدر ما في يده ، وهو قيمة الباقي ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ تصرفه » (٣١) .

يتضح لنا من النصوص الفقهية الإسلامية السابقة أن المدين يستطيع التصرف في أمواله وهذا هو الأصل ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف مدينه الضار به قبل أن يحجر عليه .

## ٩١ - عدم نفذ تصرف المدين استثناء في مذهب الإمام مالك :

٧٠ - واستثناء على الأصل المتقدم فقد جاء في مذهب الإمام مالك ما يفيد تقييد التصرفات للصلابة من قبل الحجر . من ذلك ما قاله ابن جزى في باب التقليل « إذا انحط العين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بدينونه وقام الغرماء عند القاضى فإنه يجرى في ذلك على المدين أحكام التقليل وهي خمسة الربع منها : أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه في ماله فإن تصرف فيه بعد انقضاء وقبل التقليل نفذ ما كان تصرفه بموضى كالبيع ولم ينفذ

(٣٠) المفتي لابن قدامة ، مشار إليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٤٨٩ .

(٣١) الاستبصار والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لأعلام جلال الدين عبد الرحمن

السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ ، ص ٣٣٣ .

ما كان بغير عوض كالهبه ٠٠ وأما بعد للتفليس، فلا ينفذ شيء من أعماله  
سواء كان بموض أو بغير عوض، (٣٢) .

وبناء على ما تقدم ، نقول أن الفقه المالكي ولئن اتفق مع الجمهور  
في جانب ، فإنه يختلف عنه في آخر . إما ما اتفق فيه مع الجمهور فتناوله  
منع الدين من التصرف في أمواله قبل الحجر وكأثر له بطبيعته الحال . سواء  
كانت التصرفات معاوضة أو تبرعا . أما ما اختلف فيه مع الجمهور فيخص حكم  
تصرفات الدين للضارة قبل الحجر وهذا مقصودنا ونحن نستطلع تصور  
دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه الإسلامي . ومن هنا نقول أنه إذا  
كان الأصل عند الجمهور - على ما مر بنا - عدم منع الدين من التصرف في  
أمواله قبل الحجر ولو كانت هذه التصرفات ضارة ، وسواء كانت معاوضة  
أو تبرعا ، فإن الأمر يختلف عند المالكية . فهم يتكلمون - كما يبين لنا من  
قول ابن جزى الذي أوردناه من قبل - عن منع الدين من التصرفات التبرعية  
دون المعاوضة في حاله ، ومنعه من التصرف معاوضة أو تبرعا في حالة أخرى .  
والحالتان تسبقان الحجر على الدين أو تفليسه بحكم الحاكم (٣٣) .

### وعن الحالة الأولى :

فإنها تتحقق بمجرد أن يحيط الدين بمال الدين وليس فيه وفاء بدينونه .  
وفيها يمتنع عليه التصرف في أمواله على سبيل التبرع . ومن ثم يجوز له أن  
يتصرف على سبيل المعاوضة .

---

(٣٢) قولين الأحكام الشرعية ومسائل للفروع الفقهية لابن جزى ، مشار إليه من  
قبل ، باب التفليس ، ص ٣٤٦ - ٣٤٧ .

وراجع في هذا الموضوع : المنهوي ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي . مشار  
إليه من قبل ، ج ٥ ، ص ١٤٨ : وقد طق على نص الفقه المالكي . كما أورد ابن رشد  
الحديث في بداية المجتهد ونهاية المقتصر .

(٣٣) راجع : أحمد على الخطيب ، الحجر على الدين لحق الخرماء في الفقه الإسلامي  
والكائنون المقارن ، القاهرة ، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م ، رقم ٨٣ - ٨٤ ص ١٧٢ - ١٧٤ ،  
رقم ٢٧٨ - ٢٨١ ص ٤٩١ - ٤٩٦ .

وراجع أيضا : المنهوي ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي . مشار إليه من قبل ،  
ج ٥ ، ص ١٤٨ .

## وعن الحالة الثانية :

فإنها تكون مجرد أن يقوم الغرماء عند التقاضي ، لأن الدين أحاطت بمال الدين ودون أن يطلبوا الحجر عليه . وتسمى حالة التقليل للمال . وفيها يمتنع على الدين للتصرف في أمواله ، سواء كان للتصرف معاوضة أو تبرعا .

٩٢ - والخاصة ، أن لفقه المالكي - وعلى خلاف للجمهور - يمنع الدين من التصرف في أمواله قبل الحجر على تفاوت بين إحاطة الدين بماله من ناحية ، وقيام الغرماء عند الحاكم لأن الدين قد أحاط بماله ودون أن يطلبوا الحجر من ناحية أخرى . وهذا المنع يتفاوت أيضا - وعلى المدى المذكور - بين منع التصرفات التبرعية في الحالة الأولى من جهة ومنع التصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعا في الحالة الثانية .

ولكن يبدو أن المالكية يشترطون لذلك - كما هو واضح - أن يكون الدين قد أحاط بمال الدين . أي على معنى أن يكون مصرا لأن ديونه تزيد على أمواله . ويضيفون إلى هذا الشرط أيضا وجوب أن يكون تصرف الدين ضارا بالدائن بليليل منهم لتصرفات الدين التبرعية قبل الحجر كما مر بنا لأنه يكون على علم وقت التصرف بأن الدين يحيط بماله .

في إطار كل ما تقدم ، يمكننا القول بأن فكرة دعوى عدم نفاذ التصرف في القانون المدني معروفة في الفقه الإسلامي بصيغة عامة والمالكي منه بصفة خاصة<sup>(٢٤)</sup> ذلك أن هناك : مدينا مصرا وهو من إحاط الدين بماله والغرض أنه لم يحجر عليه على الرغم من قيام غرمائه عليه عند الحاكم . أيضا فإن تصرفات هذا الدين للضارة لا تسرى في حق دائئه إضافة إلى ذلك ، فإن ما يمتنع على هذا الدين أن يقوم به من تصرفات - على نحو ما فكرنا - إنما هي تصرفات مفقرة ، تؤدي إلى إصاؤه إن لم يكن مصرا أو إلى زيادته - وهذا الأصل - إن كان كذلك .

---

(٢٤) راجع ، المستهيري ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

راجع في أوقسوع أيضا : محمد زكي تيد ألبز ، كلمة في التحيز على الدين في الفقه الإسلامي ، مجلة المحاماة ، للمسنة السادسة والثلاثون ، للعدد التاسع . مايو سنة ١٩٥٦ ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩ .



## المبحث الثالث

### الحق في الحبس

#### DROIT DE RÉTENTION

#### ٩٣ - تقسيم :

نتناول في دراستنا للحق في الحبس في القانون الوضعي تعريف هذا

الحق وشروط نشوئه ثم نعرض بعد ذلك لما يترتب عليه من آثار وأخيرا  
نعالج كيفية انقضائه ثم نعتب ذلك كله بإبراز فكرة الحق في الحبس في  
الفقه الاسلامي . ونخصص لكل موضوع مما سبق مطلباً مستقلاً على النحو  
التالي :

المطلب الأول : تعريف الحق في الحبس وشروط نشوئه .

المطلب الثاني : آثار الحق في الحبس .

المطلب الثالث : انقضاء الحق في الحبس .

المطلب الرابع : فكرة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي .

## المطلب الأول

### تعريف الحق في الحبس وشروطه

#### ٩٤ - تعريف الحق في الحبس (٣) :

عرضت المادة ١/٣١٨ منى كويتى ( م . ١/٢٤٦ منى مصرى ) تعريف الحق في الحبس ، والأمر يقضى - كما يتضح من النص - أن ثمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر والالتزام كل منهما مترتب على الآخر ومرتبطة به ، بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام لم يقسم دائته على الوفاء بالالتزام الآخر الذى يقبض على عاتقه مرتبطة بالأول أو لم يقدم - على الأتمل - تاميناً كافياً للوفاء . وبعبارة أخرى فإنه يجوز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذى يقبض على عاتقه ويرتبط بالالتزام يقبض على عاتق الآخر الذى لم يتم بدوره بتنفيذ للتلزمه أو لم يقدم تاميناً كافياً للوفاء . مثال ذلك . فى عقد البيع حيث يلتزم للبائع بتسليم المبيع للمشتري بينما يلتزم الأخير بإداء الثمن للأول (٣) . والارتباط قائم بين الالتزامين بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ للتلزمه ما دام الآخر لم يعرض ذلك فالمشتري حبس للثمن اذا امتنع للبائع عن تسليم المبيع .

#### ٩٥ - شروط الحق في الحبس :

تضمن النص السابق شروطاً ثلاثة ينبغي توافرها ليقوم حق الدائن فى الحبس .

#### ٩٦ - الشرط الأول : أن يكون الحابس دائناً بحق .

وفى الواقع فإن النص الكويتى المشار إليه فيما سبق لم يكتف بأشترط وجود حق للحابس على الوجه المتكتم وإنما كان صريحاً فى أن يكون حقاً مستحق الأداء ، بخلاف النص المقابل فى القانون المصرى ( م . ١/٢٤٦ )

---

V. DRRIDA (F.) : Retention , Rep. de dr. civ. 1979, t. VII.

(٣٦) راجع نص المادة ٥٠٣ من القانون المبنى الكويتى بخصوص حق اللوائح فى حبس المبيع . والنص المقابل من القانون المبنى المصرى وهو نص المادة ٤٥٩ .

ولم ينص صراحة على وجوب أن يكون للدائن مستحق الأداء<sup>(٣٧)</sup> . ومع ذلك فإن إجماعاً في الفقه المصري على ذلك دون نص . وتطبيقاً لذلك ٧ يقوم الحق في الحبس إذا كان حق الحبس لدى مدينه مضاعفاً الى أجل أو مطلقاً على شرط . ولو كان للزام الحبس تجاه مدينه هذا مستحق الأداء .

إضافة الى ذلك نجد الفقه يشترط في حق الحبس أن يكون محقق للوجود أى على معنى ألا يكون محلاً لنزاع جدى . وعلى ذلك فإن كان المستأجر قد طالب المؤجر بتمويض بدعوى لخلل الأخير بالتزامه بالتقريبات الضرورية لما جاز للمستأجر أن يحبس الأجرة عن هذا المؤجر ما دام أخلاؤه بالتزامه محل نزاع مع هذا المستأجر<sup>(٣٨)</sup> .

## ٩٧ - الشرط الثاني :

ان يوجد على عاتق الحبس التزام تجاه مدينه .

اذ لما كان جوهر الحق في الحبس يتمثل في اعطاء الحبس مكنة الامتناع عن تنفيذ التزامه فان المنطق يقضى بأن يشترط لقيام هذا الحق أن يكون هناك التزام على عاتق الحبس حتى يمتنع عن التنفيذ انسجاماً مع جوهر الحبس على النحو المذكور .

وعن طبيعة الالتزام على عاتق الحبس ، فان المشرع المدني الكويتي كان صريحاً في أن يكون التزاماً بأداء شيء . وذلك معنى في نظرنا - لو اقتصرنا عليه - تضييق نطاق الحق في الحبس بحيث لا ينشأ الا اذا كان الحبس ملتزماً بتسليم شيء مادي .

وتستحري أن هذا الشرط الثاني لقيام الحق في الحبس يتحقق بوجود التزام على عاتق الحبس أي كانت طبيعة هذا الالتزام ، وعلى ذلك يمكننا

---

(٣٧) ولم يتضمن نص المادة ٢٤٦ من مشروع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر إشارة صريحة الى شرط استحقاق الأداء ويستوى في ذلك مع النص الحالي .

CARBONNIER : op. cit., n. 84. p. 304 - 305.

أن نتصور تحقق الشرط إذا كان الالتزام على عائق الحابس للالتزام بمحل .  
مثال ذلك التزام المتداول بإقامة بناء حيث يجوز له الامتناع عن تنفيذ  
التزامه حتى يفي رب العمل بالأجر . إذ المشرع المدني الكويتي لم يقصد  
- على ما يبدو لنا - حصر نطاق الحق في الحبس على حالة ما إذا كان الالتزام  
التزاما بأداء شيء مادي ولكنه عرض للموضع الغالب في هذا الصدد .

## ٩٨ - الشرط الثالث :

أن يوجد ارتباط بين حق الحابس والالتزام ٢ Lien de connexité

وقد عرض المشرع المدني الكويتي لهذا الشرط صراحة على نحو ما  
أسلفت في المادة ١/٣١٧ . ونحوى هذا الارتباط أن يكون حق الحابس  
قد وجد مناسبة للالتزام . وبعبارة أخرى فإنه يتمين وجود ارتباط بين  
التزامين ، التزام الحابس تجاه مدينه والتزام الأخير تجاه الأول .

وبالمقارنة مع النص المدني المصري المقابل (م ٢٤٦) نجد اختلافا  
في الحكم . فقد تكلم المشرع في هذا النص عن حق من التزم بأداء شيء في أن  
يملك عن الوفاء به . . . ما دام للدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه  
بمسبب للالتزام المدين ومرتبطة به . . .

وبمبدو أن النص المصري لا يتكلم - في تصديرونا - عن ارتباط بين التزامين  
كما ذكر النص الكويتي بقدر ما يتكلم عن وجود رابطة سببية بين التزامين ٣

ونرى في صياغة النص المصري صياغة معيبة . ويمكن أن ندرك ذلك في  
فسوء نتيجة غير مقبولة تؤدي إليها هذه الصياغة . فالسببية على المعنى  
المذكور - في النص محل النقد - يمكن أن تتحقق في حالة ما إذا نشأ الالتزام  
عن عقد واحد ملزم للجانبين . ومعنى ذلك حصر نطاق الحق في الحبس  
على العقود الملزمة للجانبين مع أن المسلم به أن هذا الحق يمكن أن يكون  
خارج نطاق الربوط للمقضية (٣) .

---

(٣٩) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٨٢ منهج لبيب شنب ،

الرجع السابق علمش رقم (١) ص ٢٨٧ .

١ وعلى أية حال ، فإن الارتباط يتخذ صورة من اثنتين :

#### Connexité Juridique

#### ١ - الارتباط القانوني :

ويسمى أيضا بالارتباط المعنوي ويتحقق اذا كان حق الحابس قد نشأ وكذا التزامه عن تصرف قانوني \* والغالب أن يكون للتصرف عبارة عن عقد ملزم للجانبين على نحو ما ذكرنا في مثال عقد البيع من قبل \*

#### Connexité matérielle

#### ٢ - الارتباط المادي :

ويسمى أيضا بالارتباط الموضوعي ونعني به أن حق الحابس قد نشأ وكذا التزامه عن واقعة مادية \* وقد تناول المشرع المدني الكويتي مسألة الارتباط المادي في المادة ٣١٨/٢ ، وفيها يجوز لحائز الشيء - وهو ملتزم برده أصلا - أن يقوم بحجسه حتى يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات انفقها على الشيء \* .

وبطبيعة الحال ، فانه يشترط أن تكون الحيازة مشروعة ، وعلى ذلك فالمسارق وهو ملتزم برد الشيء لا يستفيد من الحق في الحبس الذي تناوله النص \*

## المطلب الثاني

### آثار الحق في الحبس

٩٩ - تقسيم :

- يترتب على للحق في الحبس عدة آثار يمكن أن نقسمها إلى طائفتين :
- الطائفة الأولى : وتضم الآثار التي تترتب في العلاقة بين طرفيه .
  - الطائفة الثانية : آثار الحق في الحبس بالنسبة للغير .
- ونخصص لكل منهما فرعاً .

### الفرع الأول

#### آثار الحق في الحبس في العلاقة بين طرفيه

١٠٠ - يترتب للحق في الحبس آثاراً في العلاقة بين طرفيه الحبس الذي امتنع عن تنفيذ التزامه من جهة والطرف الآخر دائنه بهذا الالتزام من جهة أخرى . وتتركز هذه الآثار في حقوق والتزامات للحابس وعليه .

١٠١ - أولاً : حقوق الحبس :

- من الحقوق الجوهرية التي تترتب للحابس حقه في الامتناع عن تنفيذ التزامه . فإذا كان للزاماً بتسليم شيء - وهذا هو الغالب - امتنع عن تسليمه إلى من له الحق في استرداده سواء كان المالك أو غيره . وامتناع الحبس عن تنفيذ التزامه يمتد حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه كاملاً أو يقدم تاميناً كافياً للوفاء . ومن هنا يمكننا القول بأن امتناع الحبس عن تنفيذ التزامه هو امتناع مؤقت ومن ثم لا يمكن أن يستمر حتى ينقضي هذا الالتزام . فالحق في الحبس ليس طريقاً لانقضاء الالتزام بل يعد وسيلة لتقوية ضمان الدائن وعلى ذلك يؤدي إلى وقف التنفيذ دون الانقضاض<sup>(١)</sup> .

---

(٤٠) في حاشية الحاشي : انظر سلطان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ، رقم ٩٦ .

محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ، رقم ٢٩٠ .

ولجج أيضاً ولي طبيعة الحق في الحبس .

محمد لبيب شنب ، كيفية استعمال الحق في الحبس ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، المجلد الثاني ، السنة الماثرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ٤٣٧ - ٤٥٣ .  
انظر بصفة خاصة ، ص ٤٤٢ وما بعدها .

والالحق في الحبس على الوجه المتقدم بخضع لمبدأ عدم التجزئة .  
على معنى أنه إذا استوفى الحبس جزءا من حقه فلا يجبر على تنفيذ التزامه  
جزئيا بتسليم جزء من الشيء المحبوس . لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحكم  
القاضي بتسليم الشيء كله إذا كان الجزء الباقي من حقه ولم يستوفه وهو  
يمثل الجزء من الالتزام الذي لم ينفذه المدعى قبل الأهمية بالنسبة لباقي  
الالتزام<sup>(١١)</sup> .

وهناك ملاحظة هامة يتعين الإشارة إليها وموداها : أنه إذا كان للحق في  
الحبس دخول الحبس سلطة الامتناع المؤقت عن التنفيذ فإنه لا يخوله  
حق امتياز على الشيء المحبوس . وقد جاء المشرع المدني الكويتي صريحا في  
ذلك إذ قال في المادة ٣٢١ « مجرد الحق في حبس الشيء لا يعطى الحبس حق  
امتياز عليه » ( مقابلة للمادة ١/٢٤٧ مدني مصري ) ويتفق في هذا الحكم  
مع سائر اللقنات المدنية العربية ويخالفهم فيه المشرع المدني الاردني الذي  
جمل الحبس أحق من باقي الأفرام في استيفاء حقه<sup>(١٢)</sup> .

## ١٠٢ - ثانيا : التزامات الحبس :

تناولت المادة ٣١٩ مدني كويتي ما يقترب على الحبس من التزامات  
بسبب حبسه الشيء ونجزها فيما يلي :

### ١ - التزام الحبس بالحفاظ على الشيء المحبوس :

يلتزم الحبس بأن يحافظ على الشيء المحبوس عملا بما تقتضيه به الفقرة  
الأولى من المادة ٣١٩ مدني كويتي ( م ٢/٢٤٧ مدني مصري ) . وبطبيعة  
الحال فإنه يلتزم في ذلك ببذل عناية الشخص المعتاد . وتفريعا عن الالتزام  
بالحفاظ على الشيء ، فإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو  
التعيب كان للحبس أن يطلب من المحكمة الأذن له ببنيه دون إذن ويفتقل  
للحق في الحبس في الحالين من الشيء إلى ثمنه ( م ٢/٣١٩ مدني كويتي ) .

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أن حكم النص الكويتي إنما يتميز عن  
نظيره المصري بخصوص المسألة وهو نص المادة ٣/٢٤٧ مدني إذ تكلم  
المشرع المصري في النص الأخير عن إمكان قيام الحبس ببيع الشيء المحبوس  
إذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التلف شريطة للحصول على إذن القضاء ،  
وعلى هذا النحو ، ولما كان إذن القضاء شرطا ضروريا وفي كل الأحوال

(١١) راجع : اتور سلطان ، المرجع السابق .

عبد الحمم فرج للصد ، المرجع السابق ، ص ٨٥ ، رقم ٨٢ .

(١٢) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ص ١٨٢ .

ليبيع الحابس الشيء المحبوس تجنباً للهلاك أو التلف يمكننا القول بأن النص المصري والحالة هذه لم يعرض لفرض ينفرد به للنص الكويتي دون سائر التقنينات العربية حيث أجاز الحابس بيع الشيء المحبوس دون إذن من القضاء في حالة الاستعجال إذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التدمير على نحو ما ذكرت منذ قليل . والمشرع الكويتي يكون بذلك قد أخذ في اعتباره - دون غيره - ما قد يحدث في العمل حيث لا يتسع الوقت للحصول على إذن المحكمة كما لو أن أمين النقل كان يجلس دوماً من الفاكهة أو الخضروات التي لا تحتل التأخير إلى حين الحصول على إذن القضاء . ولا تلتفت (٤٢) . وقد عرضت المادة ٢٢١ من القانون الكويتي للفرض الذي فيه يهلك الشيء المحبوس أو يتلف ، فقررت انتقال الحق في الحبس إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض على أساس فكرة الطول المعنى .

## ٢ - التزام الحابس بتسليم حساب عن غلة الشيء :

عرضت لهذا الالتزام المادة ١/٣١٩ مدني كويتي ( م . ٢/٣٤٧ مدني مصري ) وهذا الالتزام يفترض في الواقع أن الشيء المحبوس يفتح غلة أو ثمراً . ففي هذه الحالة يلتزم الحابس بأن يقدم حساباً عنها لمن له حق استرداد الشيء . وليس من شك في أن مفاد ذلك أن الغلة ليست من حق الحابس وإنما تكون لمن له حق استرداد الشيء . ويلاحظ أن التزام الحابس بتسليم الحساب لا يعني ضرورة قيامه بتسليم الغلة لمن له الحق فيها . إذ يجوز له أن يحبسها مثل الشيء المحبوس . وهنا يثور تساؤل بخصوص الغلة إذا كان يخشى عليها من الهلاك أو التدمير ؟

ونرى أنه يسرى عليها ما يسرى على الشيء المحبوس ذاته من قواعد في الحالين . فيجوز للحابس أن يبيع هذه الغلة بمرحلة الحصول على إذن المحكمة وبدون هذا الإذن في حالة الاستعجال .

(٤٢) الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار إليها من قبل ، المرجع السابق .



## الفرع الثاني

### آثار الحق في الحبس بالنسبة للغير

١٠٣ - للرجح لدينا أن الحق في الحبس حق مطلق . ومفاد ذلك بطبيعة الحال أن الحابس يستطيع أن يتمسك به في مواجهة من له حق استرداد الشيء المحبوس وضد دلائليه . كذلك الحابس أن يتمسك به في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية الشيء المحبوس أو كسب عليه حقاً عينياً آخر سواء كان قد كسب هذا الحق أو ذلك قبل أو بعد نشوء الحق في الحبس . وعلى ذلك يمكننا القول بأن الحق يحتج به في مواجهة الدائن وخلفه العام أي الورثة ودائني هذا الدائن وكذا الخلف الخاص<sup>(١١)</sup> .

---

(١١) قارن : محمد لبيب شبيب ، أحكام الالتزام ، رقم ٢٩٠ ، ص ٢٩٠ .

## المطلب الثالث

### انقضاء الحق في الحبس

١٠٤ - ينقضى الحق في الحبس إما بصورة تبعية لزوال سببه بحصول الحابس على حقه ولما بصورة أصلية أى لسبب آخر غير حصول الحابس على حقه<sup>(٤٥)</sup> .

#### ١٠٥ - انقضاء الحق في الحبس بصورة تبعية :

رأينا أن قسوم الحبس امتناع المحين عن تنفيذ التزام يرتبط بالتزام آخر يقح على الدائن بالالتزام الأول حيث لم يعرض تنفيذاً ولم يقدم تأمينا للوفاء .

وبدعى ، أن ينقضى الحق في الحبس تبعا لزوال مبرره . غلو حصل للحابس ( وهو المحين الذى امتنع عن تنفيذ التزامه ) على حقه الموجود لدى مدينه ( أى الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ للحابس ) لا ينقضى الحق في الحبس . والأصل وفقاً لمبدأ عدم تجزئة الحق في الحبس كما ذكرنا من قبل - أن يحصل الدائن على كل حقه . اذ للحق في الحبس لا ينقضى بالوفاء الجزئى .

وتجدر الإشارة الى أن انقضاء حق الحابس بسبب آخر غير الوفاء - مثل الإبراء - يؤدى - مثل الوفاء - لى انقضاء الحق في الحبس .

#### ١٠٦ - انقضاء الحق في الحبس بصورة أصلية :

إذا كان الحق في الحبس ينقضى بصورة تبعية أى تبعا لانقضاء حق الحابس فإن الحق في الحبس يمكن أن ينقضى بصورة أصلية مع بقاء حق الحابس قائما . ويكون ذلك لأسباب تخص حق الحبس ذاته ومستقلة بالتالى عن حق الحابس . ونوجز هذه الأسباب فيما يلى :

---

(٤٥) راجع ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١١٨٧ ، رقم ٦٧٩ وما بعدها .  
ويلاحظ ما جاء بالفكرة الإيضاحية للقانون الحنى الكويتي ص ١٨٣ من أن الحق في الحبس ينقضى في حالات أخرى لا تحتاج الى نص بشأنها . وتتمثل في قيام الدائن بتقديم تأمين للحابس يكفى للوفاء ، وتتمثل أيضا في النزول عن الحبس مرحلة أو ضمنا . غلو طلب الحابس بيع الشيء بالقراد استيفاء لحقه تمنى تسليم الشيء الى للراسى عليه القراد .

## ١ - خروج الشيء من يد الحابس :

نصت المادة ١/٣٢٢ من القانون المدني الكويتي على أن « ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس » (٦) والمبنى الواضح للنص يؤدي بنا إلى القول بانقضاء الحق في الحبس بموافقة الحابس على خروج الشيء من يده . فلو كان الحابس ملتزماً بتسليم شيء وامتنع عن تنفيذ هذا الالتزام في نطاق حقه في الحبس فإن قيامه مختاراً بعد ذلك بتسليم الشيء إلى صاحبه إنما يؤدي إلى انقضاء حقه في الحبس بعد نشوئه .

ويلاحظ أن خروج الشيء من يد الحابس لا يؤدي إلى انقضاء حق الحبس إلا إذا كان خروجاً إرادياً . إذ في هذه الحالة يعد فزولاً من الحابس عن حقه في الحبس . أما إذا خرج الشيء من يد الحابس رغماً عنه كان يكون خرج خلسة دون علمه فإنه يجوز له عملاً بالمادة ٢/٢٢٥ أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه . ومعنى ذلك أن حق الحابس في استرداد الشيء يستقطب بأقرب الاجلين .

## ٢ - حصول الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه :

إذا حصل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه انقضى الحق في الحبس ويبقى حق الحابس قائماً حيث يلتزم المدب بوفاء به . إذ التأمين الكافي يضمن للحابس حقه مثل الحق في الحبس تماماً . والتأمين تد يكون شخصياً مثل الكفالة أو عينياً مثل الرهن ( م ١/٣١٨ مدني كويتي - ١/٢٤٦ مدني مصري ) .

## ١٠٧ - احكام الحق في الحبس في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

أولاً : عرضت المادة ٢٤٦ من المشروع للحق في الحبس وشروطه ويجرى نصها على النحو التالي :

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يوف بالتزام في فتمته نشأ بسبب التزام الدائن وكان مرتبطاً به ، ما دام الدائن لم يتحم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه .

---

(٤٦) قانون م ١/٢٤٨ مدني مصري إذ قالت : « ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائظه أو محززه » . ويلاحظ في هذا الصدد ما جاء بالفكرة الإيساحية للقانون المدني الكويتي ( ص ١٨٣ ) من أن الحبس لا ينقضي بالضرورة أن يكون إلحاحاً حائزاً بالمعنى لغني لمصطلح الجباسة .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع ، •

وهذا النص المقترح من المشروع لنصاً يطابق حكم المادة ٢٤٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣١٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين من قبل عند دراسة شروط الحق في الحبس •

وعلى الرغم من قولنا بتطابق النص للكويتي مع نص المشروع والنص الحالي للقانون المدني المصري ، يلاحظ ما سبق أن ذكرناه بخصوص اختلاف مفهوم الارتباط بين النص المصري الحالي والنص للكويتي ، ليقوم هذا الاختلاف أيضاً بين نص المشروع والنص الكويتي •

ثانياً : بالنسبة لآثار الحق في الحبس وما يخوله للحابس ، نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من المشروع على أن « محرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » والنص يطابق الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق نص المادة ٣٢٠ من القانون المدني الكويتي •

ويلاحظ أن المشرع المدني الأردني ذهب إلى القول بأن الحبس يخول الحابس امتيازاً على الشيء ، جرياً على أحكام الفقه الإسلامي على ما سنرى •

وفي إطار آثار الحق في الحبس أيضاً ، وما يترتب من التزامات نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من المشروع على التزام الحابس بأن « يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة » ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلقه • ونص هذه الفقرة يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق الفقرة الأولى من المادة ٣١٩ من القانون المدني الكويتي • وقد عرضنا لهما من قبل ونحن ندرس آثار الحق في الحبس بالنسبة لطرفيه •

وفي مجال التزام الحابس بالمحافظة على الشيء ضمن آثار الحق في الحبس أيضاً ، نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ من المشروع على أنه « إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فلحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المقررة في رهن الحيازة » ، وينتقل الحق

في الحبس من الشيء الى ثمنه ، • والنص يطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الحالي • ويختلفان عن النص الكويتي المقابل وهو نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٩ وقد سبق لنا دراسته • وجوه الاختلاف أن النص الكويتي قد انفرد - على ما ذكرت من قبل - بحكم يجيز

أن النص الكويتي قد انفرد - على ما ذكرت من قبل - بحكم يجيز للحابس أن يبيع الشيء المحبوس الذي يخشى عليه من الهلاك دون إذن المحكمة في حالة الاستمجال • وهو حكم لم يرد في نص المشروع المصري وقد خلا منه أيضا النص الحالي للقانون المدني المصري •

ثالثا : بالنسبة لانقضاء الحق في الحبس ، فإنه ينقضى بالاسباب الآتية في المشروع •

١ - ينقضى الحق في الحبس إذا حصل للحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه • وهذا السبب للانقضاء يستتخص من نهاية نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من المشروع وقد عرضنا لها منذ قليل •

٢ - ينقضى للحق في الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس •

وفي هذا تقول المادة ٢٤٩ من المشروع :

١ - ينقضى للحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه •

٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه •

والنص يطابق المادة ٢٤٨ من القانون المدني المصري الحالي والمادة ٣٢٢ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لهما من قبل •

ونشير أخيرا ، الى نص المادة ٢٤٨ من المشروع وينقضى بانتقال الحق في الحبس الى ما يحل محل الشيء المحبوس حال هلاكه أو تلفه • والنص لا نظير له في القانون المدني المصري الحالي ، ولكنه يطابق المادة ٣٢١ من القانون المدني الكويتي •

## المطلب الرابع

### فكرة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي

١٠٨ - رأينا ان لضمان العام للدائن ومصلحته في المحافظة عليه كانت الدافس للمشرع الحنفى في تقرير وسائل تكفل الحماية لهذا الضمان العام مما يتهدده من مخاطر . ومن هذه الوسائل الحق في الحبس . وعلى ما اوضحنا من قبل ، فان القانون الحنفى لا يختلف في ذلك عن الفقه الاسلامي الذي تكلم عن الضمان العام بما يتهدده من مخاطر وقرر للدائن حقا على اموال مدينه . وفي هذا الاطار كان الحق في الحبس في الفقه الاسلامي وسيلة لحماية هذا الضمان نقلها عنه المشرع الحنفى .

### ١٠٩ - تطبيقات الحق في الحبس :

واما عن الحق في الحبس حماية للضمان العام في الفقه الاسلامي فتوجد عدة تطبيقات له . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥٤ من مرشد الحيران اذ قالت ، للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن اذا كان للثمن كله حالا ولو كان المبيع شيئين أو جملة اشياء بصفة واحدة وسمى لكل منهما ثمنا فله حبسه الى استيفاء كل الثمن ، .

وقد تضمنت المادة ٣٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل حكما يقضى بانه اذا كان للثمن ديناً حالا وكان غائبا عن المجلس فلبائع حبس المبيع لقبض للثمن .

ويتضح لنا من النص ، ان فكرة الحق في الحبس معروفة بمضمونها في الفقه الاسلامي . اذ تفترض شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت وهناك ارتباط بين التزام كل منهما . بحيث يجوز لايهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام للطرف الآخر لم يعرض للوفاء . وقد مثل للنص

السابق للعلاقة بين البائع والمشتري . حيث اجاز لأول حبس الشيء المبيع حتى يقوم الثاني بالوفاء بالثمن كاملاً<sup>(٤٧)</sup> .

وقد نصت على ذلك ايضا المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية حين قالت « للبائع في البيع بالثمن الحال اعنى غير انؤجل أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن » .  
وأضافت المادة ٢٧٨ اذا باع أشياء متمسدة صفقة واحدة كان له أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن كله . . . وللحبس تطبيقات في الاجاره .  
منها ما جاء في المادة ٦٢٢ من مجلة الأحكام للشرعة على مذهب الامام احمد بن حنبل من أن « للاجير حبس المعمول على أجرته اذا<sup>(٤٨)</sup> اقلس ربه والا فلا . . . » .

#### ١١٠ - شروط الحق في الحبس وآثاره :

ويمكننا أن نستخلص من النصوص السابقة شروط الحق في الحبس في الفقه الاسلامي . ولا يختلف عنه فيها للفقه القانوني . إذ يتعين ان يكون للحابس حق لدى آخر هو في نفس الوقت دائن للحابس بالتزام يستطيع الأخير الامتناع عن تنفيذه - اعمالا للحق في الحبس - حتى يحصل على حقه .

ويشترط في حق الحابس ان يكون مستحق الاداء . على نحو ما ظهر لنا من نص مرشد الحيران ونص المجلة . وتاكيدا لذلك نصت المادة ٤٥٨ مرشد الحيران على أنه « اذا كان الثمن مؤجلا في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بمدة البيع فلا حق له في حبس المبيع » . .

---

(٤٧) راجع في هذا التطبيق للحق في الحبس في الشريعة الاسلامية وتطبيقات أخرى -

MILLIOT (L.) « Introduction à l'étude de droit musulman », paris, 1953, n. 749, p. 613.

ويلاحظ أن للثمانية وجهة نظر أخرى وعدم « يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري لأن حق المشتري متعلق بممن وحق البائع في الفضة فحسم ما تعلق بممن » المذهب .  
للشيرازي مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٠٢ - وعند المالكية « للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن » قولتهن الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٧٢ وعند الحنابلة يقول ابن القيم « لا يملك البائع حبس المبيع على ثمنه فالجميع دخل ملك المشتري وصار الثمن في ذمته ولم يبق للبائع تطبيق بالممن » . اعلام الموقعين ، الجزء الرابع ، ص ٢٣ .

(٤٨) وراجع في هذه المسألة عند الاحناف المادة ٤٨٢ والمادة ٤٨٣ من مجلة الأحكام

العدلية .

وإذا كان يتضح لنا حتى الآن اتفاق بين الفقه الاسلامي والقانوني بخصوص شروط الحق في الحبس وآثاره بصفة عامة ، فإننا نود أن نبرز اختلافا جوهريا بينهما بخصوص الآثار تلك .

وتأكيدا لذلك ذكرنا المادة ٣٣١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل أنه إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس البيع .

اضافة الى ما تقدم ، وفي شروط الحق في الحبس في الفقه الاسلامي ، فإنه يفترض أن هناك ارتباطا بين التزام الحابس - الذي يمتنع عن تنفيذه اعمالا للحق في الحبس - وبين التزام آخر بقع على عاتق دائئه بهذا الالتزام الأول<sup>(٤٩)</sup> .

وعلى ما يبحو لنا ، فإن أساس الحق في الحبس انما يتمثل في الفقه الاسلامي في فكرة المساواة بين المتفاوضين<sup>(٥٠)</sup> .

وتبعاً لذلك ، فإن ما ينبغي أن يلاحظ ، أن نطاق الحق في الحبس لا ينحصر - في هذا الفقه - في العقود الملزمة للجانبين . فالحق في الحبس يمكن أن يقوم خارج نطاق العقود أيضا<sup>(٥١)</sup> .

وغنى عن البيان أن التزام الحابس في الفقه الاسلامي يتمثل محله غالبا في تسليم شيء مادي .

وعن آثار الحق في الحبس ، فالفقه الاسلامي يخول الحابس - على ما مر بنا - سلطة الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يحصل على حقه كاملا . اذ الحق في الحبس لا يتجزأ<sup>(٥٢)</sup> .

---

(٤٩) راجع في الارتباط أساس الحق في الحبس في الفقه الاسلامي : السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مشار اليه من قبل ، ج ٦ ، ص ٢٠٩-٢١٠ ، ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .  
(٥٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للمصنف الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، الناشر زكريا يوسف ، الجزء الخامس ، ص ٢٦٢٥ .

(٥١) ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٧٦٨ من مرشد الحيران اذ قالت : اذا لنهجم بعض الك مشترك الذي لا يقبل للقصة واراد أحد الشريكين بنائه وامتنع الآخر يجبر على العمارة فان لم يمر ياذن للقاضي للشريك بالعمارة ثم يمنح الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصاريف ..... .

(٥٢) راجع في عدم تجزئة الحق في الحبس المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٤٥٤ من مرشد الحيران ، وقد عرضنا لهما من قبل .



فإذا كان الفقه القانوني يكاد يجمع - على نحو ما أسلفت - على أن الحق في الحبس لا يعطى للبائع امتيازاً على سائر الدائنين فإن الفقه الإسلامي يختلف . ولعل في نص المادة ٢٩٦ من مجلة الأحكام العدلية ما يقدم الدليل الساطع على ذلك إذ قالت : « إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري . وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيفي دين البائع بتملمه إذا كان بالثمن وفاء بالدين ويعطى الغرماء ما زاد وإن يبيع أنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي يبيع به ويكون في الباقي كالغرماء » .

والنص على هذا النحو يعرض بصورة يبين منها أن الحق في الحبس يدخل صاحبه امتيازاً في استيفاء حقه على باقي الدائنين . فإذا توفي المشتري ولم يدفع الثمن كان للبائع حق حبس المبيع ، حتى يستوفي الثمن من تركة المشتري . وفي هذه الحالة يقوم للقاضي ببيع الشيء وتكون للبائع افضلية في استيفاء حقه على سائر دائني المشتري<sup>(٥٣)</sup> .

#### ١١١ - انقضاء الحق في الحبس :

وعن انقضاء الحق في الحبس في الفقه الإسلامي فإنه ينقضي بحصول الحابس على حقه كاملاً . وينقضي أيضاً بخروج الشيء من يد الحابس خروجاً راجحاً . ولعل في نص المادة ٤٥٩ من مرشد الحيران ما يدل على ذلك إذ قالت : « إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع وقد أكدت هذا المعنى أيضاً المادة ٢٨١ من مجلة الأحكام العدلية »<sup>(٥٤)</sup> .

وإذا كان القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في سببي الانقضاء السابقين<sup>(٥٥)</sup> . إلا أن هذا الفقه يختلف عنه في سببين آخرين لانقضاء الحق في الحبس .

(٥٣) قارن : المادة ٤٦٤ من مرشد الحيران .

(٥٤) ونصها كالآتي : « إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن » .

(٥٥) راجع ما سبق بخصوص شرح المادتين ١/٢١٨ مدني كويتي ، ١/٢٤٦ مدني مصري ، حيث ينقضي حق الحبس بالوفاء - راجع أيضاً المادتين ١/٢٢٢ مدني كويتي ، ١/٢٤٨ مدني مصري بخصوص انقضاء حق الحبس بخروج الشيء من يد الحابس . راجع أيضاً المادتين ٢٤٦ ، ٢٤٩ من المرسوم المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية .

السبب الأول يتمثل في حصول الحائس على تأمين كاف للوفاء بحقه .  
وفي هذا الصدد فإنه ونصوص للقانون المدني صريحة في انقضاء الحق في  
الحبس بهذا السبب<sup>(٥٦)</sup> . فلنا في نصوص للفقه الاسلامي ما يؤكد العكس  
بعدم انقضاء الحق في الحبس للسبب المذكور . مثال ذلك ما نصت عليه  
المادة ٤٥٥ من مرشد الحيران « لا يسقط حق البيع في حبس المبيع باعطاء  
المشتري له رهنا أو كفيلا » . الأمر الذي ركزت عليه أيضا المادة ٢٨٠ من  
مجلة الأحكام المدنية بقولها اعطاء المشتري رهنا أو كفيلا بالثمن لا يسقط  
حق البائع في الحبس »<sup>(٥٧)</sup> .

أما عن السبب الثاني فقد ورد في نصوص للفقه الاسلامي دون القانون  
المدني الوضعي ، ويتعلق بحوالة الحق وحوالة الدين بخصوص الثمن في  
البيع . فقد نصت المادة ٤٥٦ من مرشد الحيران فيما يتعلق بحوالة الحق  
في ثمن المبيع على أنه « إذا أحال البائع أحدا على المشتري بكل الثمن أن لم  
يكن قبض منه شيئا أو بما بقي له منه أن كان لم يقبض كله وقبل المشتري  
الحوالة سقط حق البائع في حبس المبيع » .

أما عن حوالة الدين بثمن المبيع فقد نصت المادة ٤٥٧ من مرشد  
الحيران على أنه « إذا أحال المشتري البائع بالثمن كله أن كان كله في ذمته  
أن كان أدى بعضه وقبل البائع للحوالة سقط حقه في حبس المبيع » .

ونود أن ننبه هنا ، الى ملاحظة عامة مؤداهما : أن نصوص الأحكام  
المدنية لم تعرض صراحة للحوالة بخصوص الثمن في البيع كسبب لسقوط  
أو انقضاء الحق في الحبس الا في صورة واحدة لها هي حوالة الحق  
بهذا الثمن . وجاء ذلك في المادة ٢٨٢ إذ قالت « إذا أحال انسانا بثمن المبيع  
وقبل المشتري الحوالة فقد أسقط حق حبسه »<sup>(٥٨)</sup> .

(٥٦) راجع فيما سبق المادة ١/٢١٨ معنى كويتي ، المادة ٢٤٦ مدني مصري و هذا  
للخصوص .

(٥٧) ويبدو أن المشرع المدني الكويتي قد أخذ بهذا الحكم في المادة ٥٠٣ إذ قالت :  
« إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال ، فلا يبيح أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما  
هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنع البائع المشتري اجسلا  
بعدم البيع » - راجع أيضا المادة ٤٥٩ مدني مصري .

(٥٨) وعلى الرغم مما قلناه في المتن من أن المجلة لم تتعرض في نصوصها صراحة الا  
لحوالة الحق بثمن المبيع ، في المادة ٢٨٢ الا أن الأستاذ سليم رستم يار ذهب في شرحه لهذا  
النص الى القول بأن حوالة الدين بثمن المبيع أي حوالة المشتري للبائع على رجل بالثمن  
يسقط حق البائع في الحبس ما دام قد قبل لحوالة . راجع له شرح المجلة ص ١٤٧ وقد  
سبق الإشارة إليه .

## البحث الرابع

### دعوى الصورية<sup>(٥٩)</sup>

#### ACTION EN SIMULATION

١١٧ - تقسيم :

نتناول أولاً ماهية الصورية ثم نبين آثارها • ويعمد أن تعرض للصورية في الفقه الاسلامي في نطاق الحيل الشرعية • ويكون لنا ذلك في ثلاثة مطالب :

---

(٥٩) نظم القانون المصري للصورية في الفصل الثالث منه ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في المواد ٢٤٤ ، ٢٤٥ •

أما المشرع المصري في الكويت فقد حرص على أن تكون أحكام للصورية ضمن أحكام آثار العقد ونظمها في المادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ • وقد سلك نفس النهج لتشروع المشرع لتقنين أحكام للشرية الاسلحية في المجلات المالية ونظم للصورية في المادتين ١٤٨ ، ١٤٩ • وراجع في الصورية بصفة عامة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 272 p. 243 ets.

CARBONNIER : op. cit., n. 39, p. 137 ets.

## المطلب الأول' ماهية الصورية

١١٢ مكرر - ليس من شك في أن بيان آثار الصورية في مطلب ثان ،  
انما يتطلب بالضرورة ، وتبيل ذلك ، أن نتحد - ونحن نتناول ماهيتها :  
تعريفها ، وأنواعها ، وشروط الدعوى بها .

١١٣ - أولا : تعريف للصورية وأنواعها :

يقصد بالصورية اظهار علاقة قانونية على غير الحقيقة أو هي ستو  
الحقيقة وراء مظهر كاذب فالصورية على هذا النحو تعنى لصطناع مظهر كاذب  
في تكوين تصرف قانوني وبصفة خاصة إبرام عقد .

وتجىء على نوعين :

١ - الصورية المطلقة : وتنصب على وجود التصرف ذاته بحيث أن  
التصرف الظاهر لا يكون له وجود في الحقيقة . كما لو باع الدين مالا يملكه  
بيما صوريا غير حقيقي ليصل من ذلك الى جعل هذا المال بمنأى عن  
الدائنين وضمانهم العام .

٢ - الصورية النسبية : وترد على نوع التصرف أو على ركن أو شرط  
فيه . بحيث تستر تصرفا حقيقيا يختلف عن التصرف الظاهر في أمر مما فكرنا  
أو أكثر . مثال ذلك إبرام عقد هبة في صورة بيع أو يخر في البيع عن  
أقل من الحقيقي تهربا من رسوم التسجيل .

١١٤ - ثانيا : شروط دعوى الصورية :

نستطيع أن نحدد شروط هذه الدعوى بالمقارنة مع شروط الدعوى  
البولصية . فإذا كان يشترط في الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن مستحق  
الأداء فيمكن في الصورية أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع .

ويباشر الدائن دعوى الصورية سواء كان حقه سابقا أو لاحقا  
للتصرف المطعون فيه بخلاف الدعوى البولصية . وبخلاف الدعوى البولصية  
أيضا لا يشترط في الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قد أدى الى أعمال  
من صدر منه ولا يشترط أن تؤدى الصورية الى الإضرار بالدائن .

كل ما هنالك أن الأمر في الصورية يفترض وجود عقد ظاهر وآخر  
مستتر مع اتحاد الأطراف والموضوعات وأن يكون بينهما اختلاف إما من حيث  
الطبيعة أو من حيث ركن أو شرط .

## المطلب الثاني

### آثار الصورية

١١٥ - نميز بين آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وآثارها بالنسبة للغير .

#### وعن آثار الصورية بين المتعاقدين :

نصت المادة ١٩٩ من القانون المدني الكويتي على أنه « إذا أبرم عقد صوري كانت العبرة بالحقبة فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهم العقد المستتر ، إذا توافرت له أركانه ، دون للعقد الظاهر ، » .

وهو ما نصت عليه المادة ٢٤٥ مدني مصري من أنه « إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » . فالأصل أن الصورية بذاتها ليست من أسباب بطلان التصرف وكما هو واضح من النص فالعبرة بالتصرف الحقيقي . فإن كانت للصورية مطلقا لكان معنى ذلك العقد الظاهر لا يستتر أي عقد . ففي البيع الصوري مثلا لا يكون لطرفيه المطالبة بأي حق (٦٠) .

أما إذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بالعقد الحقيقي دون الظاهر على أن تتوافر شروطه والا كان هذا العقد باطلا . ونسرى فيه الأحكام في حق طرفي التصرف وكذا خلفهما العام . ويقع عبء اثبات الصورية على المدعي وفقا للقواعد العامة في الإثبات .

---

(٦٠) وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٤٨ من المشرع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية ونصها كالآتي :

« إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » .

وواضح أن هذه المادة المقترحة من المشروع تطبيق المادة ٢٤٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبيق المادة ١٩٩ من القانون المدني الكويتي .

## أثر الصورة بالنسبة للغير :

يقصد بالغير كل شخص لم يكن طرفاً في التصرف الصوري وتكون له مصلحة أما بالاستفادة أو الضرر . ويشمل للغير أى شخص غير المتعاقدين وخلفهما العام . ومنه دائن التعاقد والخلف الخاص . والغير على هذا المعنى يمكن أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته في ذلك على أن يكون حسن النية . فدائن المشتري في البيع الصوري له مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر . كذلك يمكن للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقي . مثال ذلك دائن البائع في بيع صوري فله مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي . وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٠٠ مدنى كويتى ( م . ١/٢٤٤ مدنى مصرى ) .

فإذا تعارضت المصالح وتمسك أحدهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخر بالعقد الحقيقي كانت الأفضلية لمن تمسك بالظاهر عملاً على استقرار المعاملات وحماية له . وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدنى الكويتى ( م . ٢/٢٤٤ مدنى مصرى ) .

ويقع على الغير مدعى للصورية عبء اثباتها . أى عبء اثبات صورية العقد الظاهر . ويكون له ذلك بكل الوسائل<sup>(٦١)</sup> .

---

(٦١) ونصت على هذا الأحكام بخصوص أثر الصورية بالنسبة للمادة ١٤٩ من المرسوم المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية كالاتى :

١ - إذا أبرم عقد صوري فالدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري . كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع للوسائل صورية العقد الذى أضر بهم .

٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأوليين .

### المطلب الثالث

## الصورية في الفقه الاسلامي

### ١١٦ - الصورية والحيل الشرعية :

قلنا ان الصورية تعني في الفقه القانوني اصطلاح مظهر كاذب، في تكوين تصرف قانوني وعلى الأخص إبرام عقد \*، شبه ذلك في الفقه الاسلامي الحيلة \* اذ يمكن أن نتصور من خلالها عقودا صورية غير حقيقية \* ونذكر في هذا الصدد ما قاله شيخ الاسلام ابن تيمية<sup>(٦٢)</sup> في خصوص التشديد على تحريم الربا ومنع الاحتيال له بكل الطرق \* « وجماع الحيل نوعان : اما ان يضمنوا الى احد الموضيين ما ليس بمقصود ، او يضمنوا الى العقد عقدا ليس بمقصود ، ومثل للنوع الثاني بأن « يقرن بالقرض محاباة في بيع أو اجاره أو مساقاة ونحو ذلك ، مثل ان يفرض ألفا ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين أو يكره دارا تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك \* فهذا أو نحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا ، \* وجاء في موقع آخر لابن تيمية ايضا « لا يجمع بين معاوضه وتبرع لأن ذلك للتبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا فيصير جزءا من الصوص \* فاذا اتفقا على أنه ليس يعموض جمعا بين امرين متنافيين \* فان من أقرض رجلا ألف درهم وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالاقتراض الا بالثمن الزائد للسلعة ، والمشتري لم يرض ببذل ذلك للثمن الزائد الا لأجل الألف التي اقتترضها \* فلا هذا باع بيمين بألف ولا هذا أقرض قرضا محضا ، بل الحقيقة : انه اعطاه الألف والسلعة بالدين - وهكذا من أكرى الأرض التي تساوي مائة بألف وأعرأه الشجر ، ورضى من ثمرها بجزء من ألف جزء فمطوم الاضطراب : انه انما تبرع بالثمرة لأجل الألف التي أخذها ، وإن المستاجر انما بذل الألف لأجل الثمرة \* فالثمرة هي جبل المقصود المقود عليه أو بعضه فليست للحيلة الا ضربا من اللعب والا فالمقصود المقود ظاهرا »<sup>(٦٣)</sup> \* وإذا دققنا النظر في الفروض

(٦٢) القواعد النورانية للفقهاء لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة - بيروت

١٣٩٩ هـ ، ص ١١٩ - ١٢٠ \*

السابقة بأن لنا تصرفاً ظاهراً وآخر خفياً • وعلى سبيل المثال فالقرض بزيادة ربا في الحقيقة وبيع في الظاهر • وفي هذا الإطار نخفف تطبيقات أخرى للصورية •

## ١١٧ - تطبيقات الصورية في نطاق الحيل :

في الإطار السابق للحيل في الفقه الاسلامي نقدم بعض تطبيقات الصورية •

## ١١٨ - ١ - بيع التلجئة :

وهو البيع الذي يضطر اليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضروري آخر • وهو بيع صوري ظاهر يخفى في باطنه اتفاقاً مخالفاً (٦٤) •

وقد عرفت المادة ١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التلجئة بقولها « للتلجئة : هو التقبه باظهار عقد غير مقصود باطنا » • وكما هو واضح من التعريف ، فإن استخلاص الصورية فيه لا يحتاج الى كبير عناء • وعلى كل حال فقد أبطل الحنابلة بيع التلجئة (٦٥) •

راجع في الحيل الشرعية ايضا : الاستباه والنظائر ، لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٤١١ وقد عرف الحيلة بأنها الحق وجودة النظر وقال ان المراد بها هنا ما يكون مظهرا شرعيا لمن ابتلى بحالته دينية - راجع ايضا في الموضوع : محمد عبد الوهاب بحري ، الحيل في الشريعة الاسلامية ، للطبعة الاولى ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م - صبحي مصصاني • فلسفة التشريع في الاسلام ، للطبعة للرابعة • دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٥ ، ص ٢٤٥ وما بعدها • راجع ايضا المادة ٢١٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل في تعريف الحيلة •

(٦٣) للقواعد النورانية للمفتية ، لشيخ الاسلام د تيمية ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٢ •

(٦٤) راجع في تفصيل بيع التلجئة تطبيقا للصورية في الفقه الاسلامي : صبحي مصصاني ، النظرية العامة للموجبات في الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ص ٥٢٩ - ٥٣٠ • (٦٥) نصت المادة ٢٣٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتي : « لا يصح بيع التلجئة غلو الشك » أي أبيهه خروا وتقية ، وباعه كان البيع باطلا ، • راجع ايضا من نفس المجلة ( م • ٢٣٦ ، م - ١٥٤٦ ) •



ونشير هنا الى ما نعتقده أحد فروض للصورية في الفقه الاسلامي .  
بمناسبة الشفعة . ونصت عليه المادة ١٤٤ من مرشد الحيران إذ قالت  
« اذا اخبر الشفيع بمقدار اللثمن فاستكثره فسلم في الشفعة ثم تحقق له ان  
اللثمن اقل مما أخبره به فله حق للشفعة » ولنا أن نستخلص من أن النص  
يتناول فرض صورية اللثمن في حالة للشفعة . كما لو اتفق مالك العقار مع  
أجنبي على شرائه بثمن يتحدد في القدر ويفوق كثيرا للقيمة الحقيقية لهذا  
العقار وصولا الى منع الجار من المطالبة بالشفعة .

ومن اظهر فروض الصورية في الفقه الاسلامي ، وبخصوص الشفعة .  
ايضا ، ما جاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم إذ قال « في الشفعة ، الحيلة  
أن يهب الدار من المشتري ، ثم هو يوهبه قدر الثمن وكذا الصدقة ، او  
يقدر لمن اراد شراءها بها ثم يقر الآخر له بقدر ثمنها » (٦٦) .

ووجه ذلك ان الشفعة انما تكون للجار في بيع العقار . وهذا هو  
المسلم به في الفقه الاسلامي . وعن طريق الحيلة يستطيع المالك أن يمنع الشفعة  
عن الجار . ويكون ذلك بأن يهب العقار لأجنبي ويؤدي الأجنبي له مبلغا في  
صورة هبة ايضا . فالتصرف يتضمن في حقيقته بيعا وفي الظاهر هبة . ولا  
شفعة في الهبة . ويمكن أن تنافي الحيلة على ما تقدم ايضا ، وصولا الى  
منع الشفعة عن الجار ، عن طريق اقرار المالك بأن العقار للأجنبي ويؤدي  
الأخير للاول مبلغا من المال على سبيل الهبة وهو في الحقيقة عوض أو  
ثمن . وهذا التصرف هو في حقيقته بيع وفي الظاهر هبة (٦٧) .

ويتضح لنا من ذلك ان هناك تصرفا مستقرا وآخر ظاهرا وهو ما  
تعنيه الصورية في التصرفات القانونية .

---

في موقف الحنفية من بيع الثلثة : راجع : حاشية رد المختار لابن عابدين .  
مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٢٧٣ . ويقول ابن عابدين « وبيع الثلثة وهو  
ان يظهر عددا وما لا يريدانه يلجأ اليه لخسوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل  
كالهزل » .

= وفي موقف المالكية : راجع : قوانين الاحكام الشرعية لابن جزي . مشار اليه من .  
قبل ، ص ٢٧١ .

( الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٤١٥ .

( ٦٧ ) راجع تطبيقات أخرى ، محمد عبد الوهاب بحري ، المرجع السابق ، ص ١٧٢-١٨٣ .

## البحث الخامس

### شهر الاعصار

#### LA CONDIFTURE

١٢٠٠ - تقسيم :

نظم القانون المدني المصري الاعصار المدني في الفصل الثالث بخصوص ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في المواد ٢٤٩ ، ٢٦٤ . والاعصار المدني في القانون يسبق في الفقه الاسلامي الحجر على الدين المفلس<sup>(٣٨)</sup> .

وفي هذا الاطار نكتفي - ولو في عجلة - بالقاء الضوء على شهر الاعصار ونعقب ذلك بإيجاز عن الحجر على الدين المفلس في الفقه الاسلامي . ونخصص لهما مطلبين :

المطلب الأول : شهر الاعصار في القانون المدني .

المطلب الثاني : الحجر على الدين المفلس في الفقه الاسلامي .

---

(٣٨) ولم ينظم للقانون المدني الكويتي الاعصار ، وتيمه في ذلك المشروع المصري لتقنين احكام التريمة الاسلامية في المعاملات المالية على خلاف القانون المدني المصري الحالي . فالحمل قد دل على ان نظام الاعصار لم يحقق الغاية المرجوة منه لكثرة نفقاته وقلة جوده الدائنين الذين يجدون في دعوى عدم نفاد التصرف وفي سائر وسائل ضمان التنفيذ ما يغني عن الحكم بشهر اعصار الدين ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التثمين بدينه وتجريح سمعته .

## المطلب الأول

### شهر الاعسار

#### فى

### القانون المدنى

١٢١ - يمد شهر الاعسار من الوسائل التى خولها القانون المدنى للدائن لكى يضمن تنفيذ الدين للزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته للضراره . ويفترض مع هذه الوسيلة - حيث مجالها الاساسى - ان اموال الدين لا تكنى للوفاء بديونه المستحقة الاداء . على حد قول المادة ٢٤٩ مدنى مصرى . وعلى نحو ما ذكرت ، فان الاعسار يتخذ صورة من اثنين .

الاولى : الاعسار الفعلى ويعنى حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين - ولو كانت غير مستحقة الاداء - على امواله .

الثانية : الاعسار القانونى : مؤداه ان حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحق الاداء عن امواله .

ونحن نتكلم : نقصد الاعسار القانونى (١٦) .

### ١٢٢ - طلب شهر الاعسار وشروطه :

غالبا ما يكون طالب الاعسار هو احد الدائنين بهدف غل يد المدين عن التصرف فى امواله لضرارا بهم . على انه يمكن تصور قيام المدين نفسه بطلب شهر اعسار فقد يرى ان الظروف التى تحيط بعمد شهر اعساره يمكن ان تشفع له اما فى الحصول على آجال جديدة للديون الحالية واما فى سدد الآجال بالنسبة للديون المؤجلة .

وقد يكون المدين غارقا فى الديون وقد وقعت عليه الحجز مما ادى الى حجز ايراداته فيكون طالب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة .

وعن شروط شهر الاعسار فيكنى فيه ان تفوق ديون المدين المستحقة الاداء ما له من اموال . وهذا هو الاعسار القانونى كما فكرنا . ويقع على عاتق طالب شهر الاعسار ان يثبت ذلك بكافة انواع الطرق .

---

SAVATIER : op. cit., n. 325, p. 390 - 391.

(١٦) راجع :

وراجع فى الاعسار بصفة علمية : السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٦٨٧ ، ص ١١٦٨

وبما يحددها .

## ١٢٣ - الحكم بشهر الاعسار :

يكون شهر الاعسار القانوني بحكم يصدر من المحكمة المختصة وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن الدين . وتنظر المحكمة الدعوى على وجه السرعة ( م / ٢٥٠ مدنى مصرى ) . ويلاحظ أن المحكمة غير ملزمة بإجابة طالب شهر الاعسار القانوني . فللمحكمة سلطة تقدير بموجب المادة ( ٢٥١ ) مدنى مصرى يتعين عليها أن تراعى في إطارها جميع الظروف التي احاطت بالدين ، سواء كانت ظروف عامة مثل أزمة اقتصادية أو حرب أو فيضان أم ظروف خاصة كان يكون مبنوا .

ومنى كان ذلك ، يتعين على كاتب المحكمة بموجب المادة ١/٢٥٣ أن يسجل صحيفة دعوى الاعسار في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المسرين وذلك في اليوم الذى تقيمت فيه دعوى الاعسار . وعليه أن يؤثر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وكل حكم يصدر بتأييده أو الفائه وذلك كله يوم صدور الحكم . وعلى الكاتب أيضا أن يرسل للجهة المختصة صورة من التسجيلات والتأثيرات لاثباتها في سجل عام .

## ١٢٤ - آثار الاعسار :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار عدة آثار نوجزها فيما يلى :

### ١٢٥ - أولا : سقوط الأجل :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار طول ما في ذمة الدين من ديون مؤجلة ( م / ١/٢٥٥ مدنى مصرى ) وبهذا يتمكن كل الدائنين بما فيهم أصحاب الديون المؤجلة من التنفيذ على أموال الدين . والقول بغير ذلك يؤدي ولا شك الى تقدم أصحاب الديون مستحقة الأداء . ومع أن سقوط الأجل يبدو للوهلة الأولى أمرا لا مفر منه ، الا أن المشرع أجاز للمدين أن يطلب أجلا بخصوص الديون مستحقة الأداء . وإذا كانت الظروف تبرر ذلك فإن القاضى يجيبه الى طلبه . ( م / ١/٢٥٥ مدنى ) .

### ١٢٦ - ثانيا : اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الدين :

باعتبار أن الاعسار المدنى ليس إجراء جماعيا - بخلاف الافلاس التجارى - ضد الدين فإن الحكم بشهر اعسار هذا الدين لا يمنع - بحسب الأصل - أى دائن من اتخاذ إجراء فردى ضده وصولا الى التنفيذ على أمواله . وقد يقال بأن في ذلك ما يؤثر على المساواة بين الدائنين . ولرد على ذلك امر بسيط إذ أن في شهر الاعسار من العلانية ما يكفى لكى يعلم كل دائن

بالأمر وينضم إلى زميله في التنفيذ على أموال المدين إذا أراد بطبيعة الحال .  
ونشير في هذا الصدد إلى ما جاء بالمادة ٢/٢٥٦ مدنى مصرى من عدم  
جواز الاحتجاج على الدائنين ذوى الديون ثابتة التاريخ قبل تسجيل  
صحيحة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا  
التسجيل .

#### ١٢٧ - ثالثا : عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين :

إذا سجلت صحيحة دعوى الاعسار على المدين يترتب على ذلك عدم  
سريان أى تصرف يقوم به ويؤدى إلى انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته .  
وعلى الرغم من ذلك فقد أجاز القانون للمدين التصرف في أمواله ولو بغير  
رضا الدائنين ( م ٢/٢٥٨ مدنى مصرى ) شريطة أن يتم التصرف بثمن  
المثل على أن يستعان بالخبراء عند الخلاف وأن يتولى المشتري إيداع الثمن  
خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا للإجراءات المقررة . على أنه إذا نقص الثمن  
عن ثمن المثل فإن التصرف لا يسرى في مواجهة الدائنين إلا إذا قام المشتري  
بإيداع فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل . إضافة إلى ما  
تقدم ، وفى التخفيف من شهر الاعسار على المدين ، أجازت المادة ٢٥٩  
مدنى مصرى تفريز نفقه للمدين إذا أوقع الدائنون حرجا على إيرادهم . ويكون  
اقتطاع النفقة من إيراد المدين المحجوز وليس من رأس المال .

#### ١٢٨ - رابعا : تعرض المدين لمعقوبة التجديد :

يتعرض المدين لمعقوبة التجديد في حالتين ( مادة ٢٦٠ مدنى مصرى ) :  
الأولى : إذا تعمد الاعسار على سبيل الغش عند مطالبته بالدين بموجب  
دعوى وانتهى الأمر بصحور حكم بالدين ضده .  
الثانية : إذا لم يكن أمينا في مسلكه تجاه دائنيه بعد شهر الاعسار ،  
كما لو أخفى أمواله هربا من التنفيذ عليها .

#### ١٢٩ - خامسا : انتهاء حالة الاعسار :

قد تنتهى حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون . وتنتهى  
بالحكم إذا زال سبب شهر الاعسار ( مادة ٢٦١ مدنى مصرى ) ويكون ذلك  
إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله أو إذا قام المدين بالوفاء  
بديونه التى حلت ولا يرجع حلولها إلى شهر الاعسار .

وتنتهى بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات عن تاريخ التأشير  
بالحكم الصادر بشهر الاعسار ( مادة ٢٦٢ مدنى مصرى ) وينبئ على انتهاء  
الاعسار على النحو المتقدم أن يكون للمدين التصرف في أمواله وأن يطلب  
إعادة الديون التى حل أجلها بسبب شهر الاعسار إلى أجلها للسابق شريطة  
أن يكون قد أدى ديونه التى حلت دون أن يكون للاعسار أثر في حلولها .

## المطلب الثاني

### الحجر على المدين المفلس

### في الفقه الاسلامي

١٣٠ - تقسيم :

في الحجر على المدين المفلس في الفقه الاسلامي نتناول تعريف المفلس  
والحجر ثم نعرض لشروط الحجر وآثاره .

وعلى ذلك تنقسم دراستنا في هذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف المفلس والحجر .

الفرع الثاني : شروط الحجر .

الفرع الثالث : آثار الحجر .

## الفرع الأول

### تعريف المفلس والحجر

١٣١ - ورد تعريف الحجر في المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ويراد به « منع المالك من التصرف في ماله سواء كان هذا المنع من قبيل الشارع كالحجر الذي على الصغير والمجنون أو من قبيل الحاكم كالحجر على المفلس والصفيه » . ويبدو أن المجلة المذكورة قد عرفت للحجر بما يرتبه من أثر يقضى النظر عن سببه وكيفية وقوعه . وأثر الحجر يتمثل على ما جاء بالمادة المذكورة في منع المالك من التصرف في ماله . سواء كان قد حجر عليه بسبب صغر السن أو الجنون أو لانه مدينون مفلس أو لانه سفیه(٧٠) . وقد عرف ابن عابدين الحجر شرعا بأنه « منع من نفاذ تصرف قولي » (٧١) .

---

(٧٠) راجع في معنى الحجر عند الحنابلة أيضا ، كتابات القضاء ، للبهوتي . مشار إليه من قبل ، ج ٣ ، ص ٤١٦ - وقد ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية للاستاذ سليم رستم : أعلم أن أسباب الحجر ستة . الرق والصغر والجنون وضرر العامة والدين والسفلة - راجع ص ٢٨٠ .

(٧١) حاشية رد المختار لابن عابدين ، مشار إليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ١٤٣ وبهذا التعريف أخذت إحدى المحاكم الشرعية في مصر : محكمة تلا الشرعية في ١٩٠٢/١٢/٤ وقالت : « الحجر في الشرع منع نفاذ تصرف قولي » . وقد ورد الحكم في مجموعة مبادئ القضاء الشرعي في خمسين علما ، أحمد نصر للجدي ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، دار الفكر العربي ، القاهرة . راجع ص ٣٦١ .

وعند الشافعية « أهمل الحجر المح والخطر ..... والمجنون عليه مودع من التصرف في ماله . وحجر الحاكم عليه أي منعه من التصرف » .

راجع : النظام المستطب في شرح غريب المذهب أحمد بن أحمد بن بطال الزكي ، بتدقيق مختلف المذهب للشيرازي وقد أشرنا إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٣٥ .

أما عن المفلس فقد عرفته المادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام الشرعية  
صالفة الذكر بقولها هو « من أئمه من الدين أكثر من ماله الموجود » ..  
ويبين لنا من ذلك أن المفلس هو مدينون تزيد ديونه على أمواله (٧٢) .

أما المادة ( ٩٩٩ ) من مجلة الأحكام المحلبة فقد عرفت المفلس بقولها  
« هو من كان دينه مساويا لماله أو أزيد منه » ..

وبالمقارنة يبين لنا الاختلاف بين هذا النص وما سبقه بخصوص تعريف  
المفلس . ونجمل هذا الاختلاف فنقول : أن النص الثاني قد أعطى للمفلس  
معنى واسما يضيق عنه معناه في النص الأول . وتفسير ذلك أن هذا النص  
الثاني ( مادة ٩٩٩ ) قد جمل الدين مفلسا إذا زادت ديونه عن أمواله أو إذا  
كانت مساوية لها . على حين لم يجعل ذلك النص الأول ( مادة ١٤٥٨ )  
الدين مفلسا إلا في حالة واحدة تزيد فيها ديونه على أمواله . وقريب منه ما  
أورده ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد من أن « الاقل من مال الدين  
يطلق على معنيين أحدهما أن يستغرق الدين مال الدين فلا يكون في ماله وفاء  
بديونه والثاني ألا يكون له مال معلوم أصلا » (٧٣) .

---

(٧٢) راجع في المعنى أيضا : كتيبات القضاء ، للبهوتي ، مشار إليه من قبل ،

ج ٣ ، ص ٤١٧ .

(٧٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد

ابن أحمد بن رشد القرطبي . الشهير بابن رشد الحفيد . دار الفكر ، مكتبة الخالجي  
لجزء الثاني ، ص ٢٢٨ .



## الفروع للفرض

### شروط الحجر

١٣٢ - في لأصل الفرض :

يجوز - بناء على قول الصاحبين - الحجر على الدين الفاس بطلب الغرماء<sup>(٧٤)</sup> . وهو ما أخذت به مجلة الأحكام المحلية في المادة ( ٩٥٩ ) إذ قالت : للحاكم أن يحجر المدين بطلب الغرماء<sup>(٧٥)</sup> . ويتفصح لنا من هذا النص :

أنه يشترط للحجر على الدين أن يطلب الغرماء ذلك . وفي هذه الحالة يحكم القاضي بالحجر . ويلاحظ أنه لا يشترط لذلك - حسب عموم الفرض - أن يكون المدين مفلساً . ونكتفى للتدليل على أن إفلاس المدين ليس شرطاً للحجر عليه - وهو مقتضى عموم النص السابق كما ذكرنا للتقريب - بعض المسئلة ( ٩٩٨ ) من مجلة الأحكام المحلية . وقد نصبت على أنه : لو ظهر عند الحاكم مماطلة المدين في أداء دينه مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ما له وتأدية دينه بحجره الحاكم ، فالحجر وفقاً لما يقضى به هذا النص يمكن أن يقس على الدين لمجرد الماطلة في أداء دينه مع قدرته على الوفاء وذلك بغض النظر عن إفلاسه من عدمه .

وعلى الرغم من ذلك ، فإنه يبين لنا من نص المادة ( ٩٩٩ ) من مجلة الأحكام المحلية المذكورة من قبل ومما ورد في شرح المجلة تطبيقاً عليها . . . أنه لا يجوز الحجر على الدين ما لم يكن مفلساً<sup>(٧٦)</sup> .

---

(٧٤) راجع شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، الموضع السابق .

(٧٥) ويذكر الاستاذ سليم رستم أن مجرد دعوى الغرماء لا يكفي بل يجب أن يكون الدين مكتوباً به .

راجع شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، ص ٥٥٣ .

نصت المادة ( ١٥٠٩ ) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد -  
 لين حنبل أنه « اذا طلب غرماء المفلس ولو بعضهم للحجر عليه لزم الحاكم  
 لاجابته ولا يحجر عليه دون طلب أحد من الغرماء كما لا يحكم عليه بطلب  
 نفسه » ٥٠ وفي ضوء النص ، يمكننا القول بأنه يشترط للحجر على المدين ،  
 وفي المقام الأول ، أن يطلبه الغرماء من الحاكم كلهم أو بعضهم . ولـيه فلا  
 حجر دون طلب أحد من الغرماء ولا حجر أيضا بطلب المدين نفسه . وفي المقام  
 الثاني ، وكما هو واضح من صدر النص حين قال « اذا طلب غرماء المفلس »  
 فإنه يشترط للحجر على المدين أن يكون مفلسا . والمفلس هو من لزمه من  
 الدين أكثر من ماله الموجود على نحو ما جاءت به المادة ( ١٤٥٨ ) من  
 مجلة الأحكام الشرعية بخصوص تعريف المفلس كما عرضنا من قبل . وما  
 يؤكد انقلاص الدين شرطا لا يجوز للحجر عليه دونه ما ذكرناه من قبل  
 بخصوص تعريف الحجر على نحو ما جاءت به المادة ( ١٤٥٧ ) . فالحجر وفقا  
 لها عبارة عن منع المالك من التصرف في ماله سواء كان المتع من قبل الحاكم  
 كالحجر على المفلس والسفيه . والمعنى الواضح لذلك أن منع المدين من التصرف  
 تجنبا للاضرار بدائنيه هو جوهر الحجر والافلاس من مقتضى الحجر .  
 وتشترط المادة ( ١٥١٠ ) من مجلة الأحكام الشرعية فوق ما تقدم اعلان  
 الحجر على المفلس والاشهار عليه ٥٠ (٧) وفي ذلك يختلف الحنابلة عن الحنفية .  
 فقد ذكر الأستاذ سليم رستم في شرح مجلة الأحكام العائلية أن الاشهار  
 أي اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وإنما يفعله القاضي خوفا من الجحود (٧٨) .

ويثور التساؤل بخصوص معنى الإفلاس باعتباره شرطا للحجر . فإذا  
 كان مقصود الإفلاس كما أسلفنا هو أن تزيد ديون المدين عن أمواله ، فأنهنا  
 نتساءل عما إذا كان المقصود بهذه الديون للحال منها أم المؤجل ؟ .

ولإجابة عن هذا التساؤل نقول : إذا كان يشترط للحجر طلب الغرماء ،  
 فإن هذا الطلب يفترض طول ديونهم ومن ثم فإن المقصود بالديون هو الحال .

(٧٦) راجع المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العائلية والتطبيق عليها . شرح المجلة  
 للأستاذ سليم رستم مشار إليه فيما سبق ، ص ٥٥٥ .

(٧٧) وجاء في كشاف القناع : « ويستحب الاشهاد عليه لينتشر ذلك . وربما عزل  
 الحاكم أو مات فيثبت الحجر عليه عند الحاكم الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان ،  
 الجزء الثالث ، ص ٤٣٣ .

(٧٨) شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، ص ٥٥٣ - ٥٥٤ .

من مجلة الأحكام الشرعية حين قالت : « لا يحل للدين المؤجل بجنون الدين منها وليس المؤجل » ونسوق في للتفصيل على ذلك ما ورد بالمادة ( ١٥٠٥ ) . ولا تغفله ، وما جاءت به المادة ( ١٥٣٧ ) من مجلة الأحكام الشرعية أيضا حين قالت : « لا يحل للدين المؤجل بتفليس الدين » . . . . . ووجه الاستدلال في النصين أنه إذا كان إفلاس الدين لا يؤدي إلى حلول ديونه المؤجله فإن يؤدي ذلك إلى هذا الإفلاس لا يقوم بهذه الديون وإنما بالحال منها . وعلى ذلك فالإفلاس كشرط للحجر يعني أن تزيد ديون الدين الحاله عن أمواله .

١٣٤ - أما عن الشافعية :

فقد جاء في الإشباه والنظائر للسيوطي في باب الحجر « أنواعه ذكر منها في اللروضة ثمانية حجر للصبي والمجنون ، والسفيه ، والراهن المرتن والمريض للورثة ، والفلس لحق للغرماء ، والعبد لسيد ، والمرقد للمسلمين . . . . . وزاد السيكي : الحجر على الممتنع من وفاء دينه ، وماله زائد التمس الغرماء في الأصح (٣) » وقال في موقع آخر قال المحطلي في المجموع : الحجر أربعة أقسام . . . . . الثالث لا يثبت إلا بحاكم ، وفي انفكاكه بكونه وجهان . وصوب حجر الفلس « (٨) » .

ويتضح لنا مما تقدم ، أنه يشترط في إفلاس الدين ومن ثم الحجر عليه ، أن يمتنع الدين عن وفاء دينه . ويصح الحجر عليه ولو كان له مال زائد يكفي للوفاء (٨) شريطة أن يلتزم للغرماء بالحكم .

١٣٥ - وعن المالكية :

« فقد جاء في كتبهم أن التفليس هو خلق للرجل عن ماله للغرماء . فإذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند التقاضي

(٧٩) الإشباه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٤٥٨ .

(٨٠) الإشباه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٤٦٠ .

(٨١) قارن : ما جاء بالهفتب للشيخ زكي في فقه الشافعية « وإن ركبته الدين ورفع الغرماء إلى الحاكم وسأله أن يحجر عليه نظر للحكم في ماله . فإن كان له مال يفي بالدين لم يحجر لانه لا حجة به إلى الحجر بل يأمره بتفشاء الدين فإن كان له مال لا يفي بالدين حجر عليه ويأمر ما له عليه » ، الجزء الأول من الهفتب ، ص ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٨٢) قولين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفقهية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٤٦ - ٣٤٧ . هذا ويلاحظ أننا قد أثرننا فيما سبق لآل نفس الواقع من نفس الكتاب في معرض بيان تصور الفقه الإسلامي لدعوى عدم نفاد التصرف من قبل .

فانه يجرى في ذلك على المدين احكام التفليس ومن خمسة ٥٠٠٠٠ ( الرابع ) ان  
يخصر عليه « ٨٢ » وتبعاً لذلك ، فان مفاد الحجر لدى المالكية ان يحيط الدين  
بمال أحد بحيث لا تكفي أمواله لوفاء ديونه وان يلجأ المرماء للقاضي  
الذي يحكم على الدين بأحكام التفليس ومنها الحجر .

وبالمقارنة بين المذاهب الأربعة بخصوص شروط الحجر يتضح انما ما  
يأتي :

١ - ان المذاهب تتفق جميعاً على شرط في الحجر يقتضي في ضرورة الجوء  
للمرماء للقاضي وطلبهم الحجر .

٢ - تختلف المذاهب فيما بينها بخصوص ما اذا كان انفلاس المدين من  
مقتضى الحجر . وفي هذا ترى الحنابلة والمالكية يتفقون على أن الانفلاس من  
شروط الحجر . أما الحنفية ، فان هناك رأياً عبوت عنه المالكة ( ٩٩٨ ) من مجلة  
الاحكام الفولوية لا يستلزم الانفلاس للحجر . الى جانب رأي آخر اشرنا اليه  
في شرح هذه المجلة ويرى عدم جواز الحجر على المدين ما لم يكن مفلساً .  
أما الشافعية ، فنجدهم في هذا الخصوص يخالفون الجمهور في قولهم بالحجر  
على المدين المنتح عن وفاء ديونه ولو كان ماله زائداً .

## الفرع الثالث

### آثار الحجر

١٣٦ - على المحلّة :

يترتب على الحجر أولا منع المدين من التصرف في أمواله ويظهر ذلك من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية . ويلاحظ أن هذا الاثر مقصور - على حد قول المادة (١٠٠١) من المجلة المذكورة - على أموال المدين الموجودة وقت الحجر فقط . ومن ثم فإن هذا الاثر لا يشمل أمواله التي تملكها بعد الحجر . هذا بخلاف الحجر السفه فانه يؤثر في المال الموجود وقت الحجر والخاص به . والفرق أن حجر المدين لحق الفرء بماله وقت الحجر لا بما يحدث بعده لانه لم يكن موجودا (٨٢) .

يترتب على الحجر ثانيا بيع أموال المدين الفلّس وقسمة الثمن الناتج بين الغرماء وذلك وفقا لما يقضى به حكم المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام المحلّة .

وفي البيع يبدأ بما يخشى عليه للتوى من عروضه ثم بما لا يخشى عليه ثم بالعتار . ولا يباع على المدين سكنه اذا كان لا يمكن أن يجترى بما دونه وبه انتهى الحامدية (٨١) . فالمدين لا يكف أن يسكن بالاجرة .

ويترتب على الحجر ثالثا : أن ينفق على المحجور الفلّس وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله ( مادة ١٠٠٠ من مجلة الأحكام الفرء ) . وعلة ذلك أن حاجة المحجور عليه مقدمة على الفرء . ويراد بالنفقة ما يكتفيه بسجون تقتير فلا ينبغي للقاضي أن يضيق عليه في نفقته قال في الخانية المجوس بالدين اذا كان يسرف في اتخاذ الطعام يمنعه القاضي عن الاسراف ويقصد له المعروف والكفاف . وكذلك في النياب يقتصد فيها ويأمر بالوسط ولا يضيق عليه في مأكوله ومشروبه وملبوسه (٨٥) .

(٨٢) شرح المجلة ، القدر اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ .

(٨٤) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، القدر اليه فيما سبق ، ص ٥٥٤ - ٥٥٥ .

(٨٥) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، القدر اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ .

يترتب على الحجر وفي المقام الأول ، منع المالك من التصرف في ماله وهذا ما قضت به المادة ١٤٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . ويقتصر هذا الاثر على أموال المحجور عليه الموجودة وقت الحجر لانه بمجرد الحجر على الفلاس يتطلق حق غرمائه بماله الموجود والحادث انه بارت أو نحوه وهذا ما نصت عليه المادة (١٥١٢) من مجلة الاحكام الشرعية في صدورهما .

وفي المقام الثاني ، يلزم الحاكم - حسبما تنقضى به المادة (١٥٣١) من مجلة الاحكام الشرعية - تقسيم ما كان من جنس الدين من مال الفلاس وبيع ما ليس من جنسه بثمن المثل وتقسيمه ولا يشترط استئذان الفلاس والغرماء في ذلك ويستحب احضاره واحضارهم عند البيع (٨٦) .

**ثالثا :** يجب للفلاس ولعياله ادنى نفقة مثلهم من مأكول ومشرب وكسوة وتجهيز ميت بمعروف من ماله متى يقسم . ويجب ان يترك له ما يحتاجه من مسكن وخادم وآلة وحرفة أو ما يتجدر به ان كان تاجرا ( مادة ١٥٣٢ ) من مجلة الاحكام الشرعية .

**رابعا :** من وجد عين ماله لدى المحجور عليه لفلاس فهو الحق به . فلو وجد عين ما كان بباعه مثلا فله استرجاعها ( مادة ١٥١٩ من مجلة الاحكام الشرعية ) . ولكن يتم الاسترجاع بشروط تضمنتها المواد ١٥٢٠ - ١٥٣٠ من المجلة المذكورة .

**خامسا :** لا يحل أجل الدين المؤجل بتفليس المدين ( مادة ١٥٠٥ ، ١٥٣٧ من مجلة الاحكام الشرعية ) .

(٨٦) ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية . راجع تعميم سملحة رئيس للقضاء رقم ٦٨ وتاريخ ١٣٩٣/٣/٧ وموضوعه يتلخص في انه « اذا حجر الحاكم على مفلس جاز بيع ماله وتسمت على غرمائه دون حضوره ولكن يحسن وكيل عنه في ذلك » منشور في مجموعة الانظمة واللائح والتعليمات التي تصدرها وزارة العدل للطبعة الاولى ١٣٩٦ : فهرس أهم التعاليم الصادرة بتوقيع سملحة رئيس للقضاء والموجودة بإدارة الوثائق والبحوث ، هنـ ١٥٨ .

١ - راعت الشريعة الاسلامية مصالح الغرماء جميعا : فاجازت الحجر على موجودات المدين الثابتة والمقولة لسداد ديونه سوى ما تدعو اليه حالته للضرورة . اذا تم بيع هذه الموجودات فإن قيمتها توزع على الغرماء على قدر استحقاقهم اذا كانت هذه الموجودات غير موهونة صحيحا . . . . .

المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

فمتلخص آثار الحجر لديهم فيما يلي :

**أولا :** يباع حال المحجور عليه ويقسم ثمنه بين الغرماء محاصة فقد جاء في المهذب للشيразي « وأن ركبته الدينون ورفع الغرماء إلى الحاكم وسأله أن يحجر عليه ... فإن كان ماله لا يفي بالدينون حجر عليه ويبيع ماله عليه » (٨٧)

**ثانيا :** استرداد من باع عينا من المحجور عليه قبل الإفلاس ولم يقبض الثمن . فقد جاء في المهذب للشيразي « وأن كان في الغرماء من باع منه شيئا قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئا ووجد عين ماله على صفته ولم يتطرق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله » (٨٨) .

أما عن منع المحجور عليه من التصرف في ماله فهي مسألة خلافية في فقهاء الشافعية .

١٣٩ - ولدى المالكية يتلخص الحجر فيما يأتي :

**أولا :** لا ينفذ شيء من تصرفاته بعد التفليس سواء كان بموض أو بفير عوض .

**ثانيا :** يقسم ماله على الغرماء بعد أن يترك له كسوته وما يأكله أياما هو وأمه . واختلف هل تترك كسوة زوجته وهل يباع عليه كتب العلم ثم يجتمع كل ما وجد له من أصول وعروض وغير ذلك وتباع الأصول والعروض ويقسم المجموع على الغرماء وإن كان ماله لا يقوم بالدينون قسم قسمة المحاصة وللعمل في المحاصة أن ينظر نسبة ماله من جميع الدينون ويعطى كل واحد من الغرماء بتلك النسبة من دينه .

**ثالثا :** من باع سلعة ثم أنفلس المشتري أو مات قبل أداء الثمن فله أحوال منها : يكون البائع أحق بسلعته في فليس المشتري وموته وذلك إذا كانت السلعة

(٨٧) المهذب ، للشيразي ، ج ١ ، ص ٣٢٠ - ٣٢١ . اشرنا إليه فيما سبق وعلمناه نقلا عن السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي .

(٨٨) المهذب ، للشيразي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٢٩ .

(٨٩) راجع في هذه الآثار : بدلية المجتهد ونهاية المتقصد لابن رشد الحفيد ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

باقية بيد البائع • ومنها أيضا ان البائع الحق بالسلمة في ثلث المشتري دون موته اذا كانت السلمة باقية بيد المشتري ومنها أيضا ان يكون للبائع سواء مع سائر الغرماء في الموت والفسخ اذا كانت السلمة قد كانت او ذهبت •

وابضا : ان تحصل عليه الدين الوجبة •

٤ :

#### ١٤٠ - ملازمة دين الحجر في الفقه الاسلامي والاعصار المدني في القانون :

٢ - نرى هنا ان الاعصار المدني في القانون قولاه ان تزيد ديون الدين الحالة على امواله حيث يطلب الدائنون من القاضي الحكم بشهر الاعصار •

ولا يختلف للقانون في ذلك عن الفقه الاسلامي في مجوعه حيث يحجر على الدين من قبل الحاكم بناء على طلب الغرماء • ولا يختلف في ذلك الا الشافعية وقد اجاز بعضهم الحجر على الدين الممتنع عن دفع ديونه ولو كان ماله زلثا كما ذكرنا من قبل •

٢ - وعن شهر الاعصار في القانون ، فإنه يستجيب لما ذهب اليه الحنابلة في المادة ١٥١٠ من مجلة الاحكام الشرعية من ضرورة اعلان الحجر على المفلس والاشهار عليه •

٣ - يتفق القانون مع الفقه الاسلامي ، فيما يترتب على شهر الاعصار والحجر من عدم سريان تصرفات الدين في حق الدائنين ، وما يترتب بذلك من مساواة بينهم • فالحجر اجراء عام بالنسبة للتصرفات الضارة عموما شأنه في ذلك شأن الاعصار •

٤ - يتفق الحجر مع الاعصار في ان كليهما يسبق التصرف (١٠)

٥ - يمتنع القانون ، وقد اجاز ان يطلب الدين شهر اعصار نفسه ، مخالفا لفقه الاسلامي ، إذ نصت المادة ١٥٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على هذبح الامام احمد بن حنبل على انه « ..... ولا يحجر عليه ( المفلس ) دون طلب أحد من الغرماء ، كما لا يحجر عليه بطلبه بنفسه » • ونذكر في هذا المقام بما قاله الاستاذ سليم رستم في شرح مجلة الاحكام المحلية ، ولوردها من قبل اذ قال : ان الاشهار اى اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وانما يغطه القاضي خوفا من الجحود •

(١٠) راجع ، محمد زكي عبد البر ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٧ •



## الباب الثاني

### أوصاف الالتزام

Motivation des Obligations

١٤١ - تمهيد وتقسيم :

ذكرنا من قبل أن دراستنا لاحكام الالتزام سوف تشمل دراسة الالتزام في حياته • فبمقد أن يولد الالتزام بنشؤته من مصدره صحيحا تترتب آثاره • وقد عرضنا لهذه الآثار • والاصل في ذلك ، أى في انتاج الالتزام لآثاره ، أن يكون بسيطا ومنجزا • على معنى أن يكون عبارة عن رابطة بين دائن واحد ومدين واحد وأن يكون واجب للتنفيذ فور نشوئه • إلا أن ثمة أوصافا ضد تحقق بهذا الالتزام أثناء حياته فتتمحل ما في أصله من بساطة وتنجز • وهذه الأوصاف أما أن تتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه ولما أن ترد على محطه أو تتعلق بأطرافه •

وما يتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه يسمى للشرط والأجل ، أما ما يرد على محل الالتزام فانه يجعل الالتزام بخليا أو تخييريا ، أما ما يتعلق من الأوصاف بأطراف الالتزام فيتمثل في تعددهم يتعلق عليه للتضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ونخصص لكل منها فصلا على النحو التالي :

الفصل الاول : في الشرط والأجل •

الفصل الثاني : في الالتزام للبخل والتخيري •

الفصل الثالث : في التضامن وعدم القابلية للانقسام •

## الفصل الأول

### الشرط والاجل

١٤٢ - تقسيم

يمكن أن يلحق الالتزام وصفا يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله أو نفاذه وقد يتمثل في الشرط أو الاجل ونفكلم أولا عن الشرط ثم عن الاجل ونخصص لكل منهما مجسأ :

### المبحث الأول

#### الشرط

La Condition

١٤٣ - نقتول الشرط في حواسقأ في عدة نقاط :

- ١ - تعريف الشرط وأنواعه .
  - ٢ - ما يجب توافره في الشرط .
  - ٣ - آثار الشرط .
  - ٤ - الشرط في الفقه الاسلامى .
- ونخصص لكل منها مطالبا :

### المطلب الأول

#### تعريف الشرط وأنواعه

١٤٤ - تعريف الشرط :

الشرط هو امر مستقبلى غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله ( مادة ٣٢٣ منى كويتى - مادة ٢٦٥ منى مصرى ) .

مثال ذلك لو قال شخص لآخر أببيعك هذا الشئ لو نجحت في الامتحان . فالنجاح في الامتحان وهو امر مستقبلى وغير محقق الوقوع يمد شرطا للالتزام بالببيع . وعلى ذلك فإذا كان الامر المستقبلى محقق الوقوع خرجنا من نطاق الشرط ليكون الالتزام مضافا الى محل . فلو قال شخص لآخر أببيعك هذا الشئ في أول ربيع الثانى . فباعتبار أن هذا التاريخ امر مستقبلى محقق الوقوع كان الالتزام بالببيع مضافا الى اجل وليس مطلقا على شرط .

## الأول - الشرط للوقف :

ويكون أمرا مستقبلا غير محقق للوقوع يتوقف على وقوعه نشوء الالتزام .  
فوجود الالتزام يتوقف على تحققه . كما لو تعهد شخص لولده بأن يهبه مالا  
معيّنا إذا نجح في الامتحان أو إذا تزوج . فالنجاح أو الزواج كلاما شرط يتوقف  
على تحققه وجود الالتزام الأب .

## Condition Resolutoire

## الثاني : الشرط الفاسخ :

وهو أمر مستقبل غير محقق للوقوع يتوقف على تحققه زوال الالتزام .  
كما لو أوصى رجل لامراته بجمال معين إذا لم يتزوج بعد وفاته وانقطعت  
لتربية أولادها إلا أنها تزوجت بعد وفاته .

## ١٤٦ - تمييز الشرط عما يختلط به :

وفي ضوء ما سبق يمكننا أن نميز الشرط بمعناه الصحيح على النحو  
للتقدم وما يختلط به هذه التمييز يمكن أن يتم في ضوء حقيقتين : الأولى .  
ومؤداهما أن المصدر الوحيد للشرط يجب أن يكون إراديا . فلا يجد الشرط بالمعنى  
السابق مصدره في حكم قضائي أو نص قانوني . أما الثانية فأننا نركز من  
خلالها على أن الشرط على المعنى سالف الفكر هو أمر عرضي أي خارج عن أركان  
الالتزام ولا يدخل في تكوينه . ومن ثم يتصور الالتزام بدونيه . إذ الشرط وصف  
يلحق التزاما اكتملت له عناصر تكوينه . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه يستحيل  
أن ننظر لالي عنصر في تكوين الالتزام على أنه شرط .

في ضوء الحقيقتين السابقتين ، يجب عدم الخلط بين الشرط باعتباريه وصفا  
لالتزام من جهة وبين ما يطلق عليه في الفقه شروط ينبغي توافرها لترتيب آثار  
قانونية معينة من جهة أخرى . مثل اشتراط الإعلانية وسلامة الإرادة من العيوب  
باعتبارها من شروط صحة العقد . فهذه الشروط مصغرها للتانون بخلاف الشرط  
باعتباره وصفا في الالتزام كما ذكرت منذ قليل . كذلك فهذه الشروط تدخل ضمن  
تكوين العقد وليست أمرا عارضا أو خارجيا بخلاف الشرط كوصف في الالتزام .

إضافة إلى ما تقدم وفي ضوءه أيضا يتعين للفرقة بين الشرط وهو وصف  
في الالتزام على المعنى الذي ذكرناه من جهة وبغضد العقد التي نسميها شروطا  
من جهة أخرى . كما لو اتفق المؤجر والمستأجر في بند في عقد الإيجار على أموز  
تخص صيانة العين المؤجرة . صحيح أنها قد تتفق مع الشرط كوصف في الالتزام  
في أنها تنشأ عن مصدر إرادى هو الاتفاق . ولكن يلاحظ أن الشرط كبنء في  
العقد لا يتوقف على تحققه نشوء الالتزام أو زواله .

## المطلب الثاني

### ما يجب توافره في الشرط

١٤٧ - يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً وغير محقق الوقوع ممكناً ومشروعاً أي لا يخالف النظام العام والآداب . ويتميز فوق ذلك ألا يكون مناهكاً لتحقيقه لردة الدين وحدهما (٢) ونفصل ما أجملنا :

١٤٨ - يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً :

نصت على ذلك المادة ٣٢٣ مدني كويتي ( مادة ٢٦٥ مدني مصري ) وتأسيساً على ذلك ، فإذا كان الوصف الذي لحق الالتزام أمراً تحقق في الماضي كان الالتزام منجزاً . وبعبارة أخرى ، لو علق الالتزام على أمر وقع قبل التطبيق خرج الأمر عن نطاق الشرط كوصف في الالتزام . فلو التزم شخص بأن يهب ولبسه مالا حال نجاحه واتضح أنه قد نجح قبل أن يلتزم الوالد ، كان الالتزام الأخير منجزاً في نشأته .

١٤٩ - يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع :

وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ٣٢٣ مدني كويتي ( مادة ٢٦٥ مدني مصري ) وفي ضوءها يمكن القول بأنه إذا لحق الالتزام أمراً مستقبلاً باعتباره وصفاً فيه ، فإنه يخرج عن نطاق الشرط إذا كان محقق الوقوع ويصبح الأمر في نطاق الاجل .

١٥٠ - الامكان :

يجب في الأمر المستحيل غير محقق الوقوع أن يكون ممكناً في ذاته ( مادة ٢٢٤ مدني كويتي - مادة ٢٢٦ مدني مصري ) . ويكون الشرط غير ممكن إذا كان أمراً مستحيل الوقوع . والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة .

ويختلف أثر الأمر المستحيل تبعاً لأنواع الشرط . فإذا كان الشرط واقفاً فإن الالتزام لا ينشأ في أي وقت . إذ كيف ينشأ وهذا الغشوة معلق على أمر يستحيل وقوعه ؟ أما إذا كان الشرط منسجماً فإن الالتزام لا يذول ويبقى قائماً ويقتدر للشرط غير قائم .

ويلاحظ أنه إذا كان الأمر المستحيل غير محقق الوقوع أمراً يستحيل وقوعه نسبياً، فإن نسبية الاستحالة لاتعيب الالتزام إذا غلب على الفكر امكان وقوعها (٢)

SAVATIER : op. cit , n. p. 232-233.

(٢)

(٢) الماكدة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ص ١٨٤ .

عبرت المادة ٣٢٥ منقح كويتى ( مادة ٢٦٦ منقح مصرى ) عن التشريعية بقولها أن الأمر المستقبلى غير المحقق الوقوع يجب ألا يخالف للنظام العام والأداب . والألا كان غير مشروع .

ويختلف أثر عدم التشريعية تبعاً لنوع الشرط . فإذا كان للشرط واقفياً : فإن الالتزام لا يقوم أو يعد معدوماً . إذ يبطل لمبهم التشريعية . أما إذا كان الشرط فاسخاً : هناك احتمالان :

الأول : ألا يكون المستقبلى غير المحقق الوقوع - والذي علق عليه الالتزام باعتباره شرطاً - هو السبب للدافع إلى الالتزام . وفى هذه الحالة يبقى الالتزام ولا يزول ويعتبر الشرط غير قائم .

الثانى : أن يكون هذا الأمر المستقبلى غير المحقق الوقوع هو السبب للدافع إلى الالتزام فى هذه الحالة يكون للشرط عنصراً جوهرياً فى الالتزام فيبطل الشرط والالتزام .

١٥٢ - ألا تكون إرادة الدين وحدها مناط تحقق الشرط إذا كان واقفياً :

ومعنى ذلك أنه إذا جاء الشرط - ونحوه على ما ذكرنا أمراً مستقبلياً غير محقق الوقوع - على أساس أن المدين يلقزم إذا شاء أو أن وجد ذلك مناسباً له كان شرطاً باطلاً لا يولد معه الالتزام . فالقاعدة إذن أن الالتزام لا يقوم إذا افتقر بشرط يتعلق بمحض إرادة الملتزم وكان الشرط واقفياً .

وخلاصة ذلك بعبارة أخرى أنه يجب فى الشرط الواقف الذى علق عليه الالتزام ألا يكون شرطاً إرادياً محضاً من جانب المدين .

وبمفهوم المخالفة لحكم النص السابق ، فإن الشرط يكون صحيحاً ولو تعلق بإرادة المدين إذا كان فاسخاً ، لأن الالتزام قيد وجد صحيحاً واقفياً . وتنطلق إرادة المدين بشأن الإبقاء عليه أو فسخه بخلاف ما إذا كان الشرط واقفياً ويتعلق بمحض إرادة الملتزم . فمن شأن الشرط أن يجعل عقدة الالتزام مخطئة منذ البداية<sup>(٤)</sup> .

وغنى عن البيان أن الشرط يكون صحيحاً بصفة عامة ولو تعلق بإرادة للدائن سواء كان شرطاً فاسخاً أم واقفياً .

(٤) الفكرة الإيضاحية للقانون المنقح للكويتى ، الوقع السابق .

١٥٣ - وفي هذا الصدد ، يفرق الفقه الفرنسي بين أنواع ثلاثة من الشروط (\*) :

#### الأول : الشرط الاحتمالي : Condition Casuelle

وعلى حد قول المادة ١١٦٩ من القانون المدني الفرنسي فهو شرط يعتمد في حدوثه على المصادفة ولا علاقة له بالدين أو الدائن . كما لو التزم شخص بنقل آخر إذا كان الطقس حسنا ويسمح بذلك . وهو شرط صحيح . مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر إذا وضعت له زوجته طفلا من الذكور .

#### الثاني : الشرط الإرادي : Condition Potestative

هو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد المتعاقدين الدائن أو المدين وذلك على حد قول المادة ١١٧ مدني فرنسي . ويتخذ صوره من اثنتين له .

#### فإذا ان يكون شرطا إراديا بسيطا Condition simplement potestative

وهو شرط لا يتوقف على إرادة أحد الطرفين فقط بل يتوقف أيضا على أمر لا سلطان لأيهما عليه . كما لو التزم شخص بتأجير منزله لو نقل إلى بلد آخر . وهو شرط صحيح . مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر إذا تزوج . فالزوج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين نسوق أنه يتعلق بظروف لا سلطان لأيهما عليها .

#### أو يكون شرطا إراديا محضا : Condition purement potestative

ويمكن أن يكون مرهونا في تحققه بإرادة المدين وحدها . كما لو التزم شخص ببيع شيء يملكه إذا أراد . وهذا الشرط باطل . كما يمكن أن يكون مرهونا بإرادة الدائن . كما لو قال شخص لآخر أعطيك هذا المال على سبيل الهبة إذا أردت أنت وهو شرط صحيح .

#### الثالث : الشرط المختلط : Condition mixte

وقد عرفته المادة ١٧٧١ من القانون المدني الفرنسي بأنه شرط يعتمد في وقوعه على إرادة أحد المتعاقدين وإرادة الغير في وقت واحد كما لو اشترط على أحد المتعاقدين للزوج بفتاة معينة وهو شرط صحيح .

(\*) راجع في هذا التقسيم

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 747, p. 359.

SAVATIER : op. cit., n. 178, p. 232.

## المطلب الثالث

### آثار الشرط

١٥٤ - تقسيم :

في بحث آثار الشرط ، نتناول هذه الآثار في مرحلتين بالترتيب التالي للشرط :

#### المرحلة الأولى :

ونبحث فيها آثار الشرط في فترة التطبيق ونعني بها الفترة التي لم يتحدد فيها مصير الشرط بعد . فلم يظهر أنه قد تحقق أو تخلف . ونفترق بشأنها بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

#### المرحلة الثانية :

ونبحث فيها آثار الشرط بعد انتهاء فترة التطبيق وهي الفترة التي يبين فيها مصير الشرط صحته ما يستحقه أو تخلفه . ونفترق بشأنها أيضاً بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

ويلاحظ أن هذه الآثار تخضع لقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

ونبحث الآثار في المرحلة الأولى والثانية ثم نتناول فكرة الأثر الرجعي للشرط .. كل ذلك في فروع ثلاثة :

## الفرع الأول

### آثار الشرط في فترة التعليق

١٥٥ - أولا : آثار الشرط الواثق :

باعتبار الشرط الواثق أمرا مستقبلا غير محقق للوضوح يترتب على تحققه وجود الالتزام فانه ما دام للشرط - بهذا المعنى - في فترة التعليق أي لم يتحدد مضمونه تحققا أو تخلفا فإن الالتزام الذي علق عليه لا يكون موجودا بيقين وإنما لا يعدو في وجوده أن يكون محتملا . ويقابل ذلك أيضا حق الدائن الذي يكون محتملا أيضا . إذ توجد علاقة قانونية في هذه الفترة بين الدائنين والدين بالالتزام الشرطي فلا يعتبر أيهما من الطرفين بالنسبة للآخر<sup>(١)</sup> .

وخلاصة ذلك أنه في فترة تعليق الشرط الواثق يكون للالتزام المدين وحق الدائن في نطاق الوجود الاحتمالي . ويترتب على ذلك عدة نتائج بالنسبة للمدين والدائن :

#### بالنسبة للمدين :

١ - لا يجوز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ ضد المدين لأن التزامه غير مؤكد في وجوده وإنما محتمل وبالتالي لا يكون نافذا .

٢ - ليس للدائن أن يظن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية . لأن محالها الحقيقي يتحدد بتصرفات نافذة فيكون استخدام الدعوى من قبل الدائن لوغف نقاداً ، والالتزام المدين غير نافذ . وبعبارة أخرى فإن امتناع المدين بالدعوى البولصية مبناه أن حق الدائن غير مستحق الأداء .

٣ - إذا قام المدين بالوفاء بالالتزام - ووجوده محتمل - كان له أن يسترد ما وفاه باعتباره وفاء بغير مستحق<sup>(٢)</sup> .

MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1031

(١) راجع

MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1030

(٢) راجع



## بالنسبة للدائن(\*) :

١ - إذا كان من غير الجائز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ ضد المدين ، فيجوز له أن يتخذ ما يلزم من الإجراءات التحفظية ما هو كفييل بالمحافظة على حقه ( مادة ٣٢٦ مدنى كويتى - مادة ٢٦٨ مدنى مصرى ) .  
مثال ذلك قيد الرهن أو تجديده .

٢ - ما دلم أن حق الدائن احتمالى ولم يتأكد وجوده بمعد فإنه لا يتيسر للحديث عن بدء سريان التقادم الزمنى بالنسبة له .

٣ - يستطيع الدائن حال حياته أن يحول حقه هذا للغير كما يفتقل بوفاته الى الورثة .

٤ - يكون المدين ملتزما تجاه الدائن باحترام حقه . وعلى ذلك يكون مسئولاً عن كل ما من شأنه أن يحول بطريقة الفش دون تحقق الشرط(\*) وقد نصت على ذلك المادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى .

## ١٥٦ - ثانيا : آثار الشرط الفاسخ :

كان الشرط الذى علق عليه الالتزام فاسخا كما لو اتفق بائع ومشتري الحصان على انتهاء البيع اذا لم يكسب الحصان جائزة سباق معين . يكون الالتزام موجودا فى فترة للتطبيق أى قبل ثبوت تحقق الشرط ( كسب للجائزة فى السباق ) او تخلفه . ومن ثم يجب على المدين أن يقوم بتنفيذه والا كان للدائن أن يتخذ ما يلزم من إجراءات التنفيذ لاجباره عليه . مثال ذلك الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوالصية وتوقيع الحجز .

(٨) راجع النتائج بالنسبة للدائن :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., 754, p. 763-764.

MAZEAUD : op. cit., n. 1033, p. 974.

(٩)

## الفرع الثاني

### آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق

١٥٧ - نقصد بإنهاء فترة التطبيق تلك الفترة التي يبين فيها مصر الشرط محمداً أما بتحقيقه أو تخلفه . فالتطبيق ينتهي وفقاً لما ذكرنا أما بتحقيق الشرط أي بوقوع الأمر الذي كان مستقبلاً وغير محقق الوقوع . وأما بتخلف الشرط أي بظهور عدم إمكان حدوث الأمر المستقبلي غير المحقق للوقوع . وينتهي التطبيق بهذه الكيفية بالنسبة للشرط الواقف والفاسخ . ترى ما هي الآثار المترتبة على ذلك ؟

١٥٨ - أولاً : آثار انتهاء التطبيق بالنسبة للشرط الواقف :

إذا انتهى تطبيق الشرط الواقف بتحقيقه ، تاکد التزام المدين في وجوده بمعد أن كان محتملاً وكذا حق الدائن . ومؤدى ذلك ببساطته وجوب التنفيذ على عاتق المدين هذا من ناحية وإمكان قيام الدائن بإجباره عليه من ناحية أخرى . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٦ معنى كويتى بقولها « لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط » ، ( راجع المادة ٢٦٨ معنى مصرى ) .

ويمكن القول إجمالاً بأنه في حالة تحقق الشرط الواقف تقترب بالنسبة للدائن والمدين عكس ما يقترب من نتائج بالنسبة لهما في فترة تطبيق الشرط للواقف على نحو ما ذكرنا من قبل .

أما إذا انتهى تطبيق الشرط الواقف بتخلفه ، فإن الأثر لجوهري المترتب على ذلك يتمثل في أن الالتزام المعلق عليه يعتبر وكأن لم يفتأ في أي وقت . ويستتبع ذلك - وبالضرورة - انتهاء كل ما لتخذه الدائن من إجراءات استناداً إلى الوجود الاحتمالي لحقه ونزول منها آثارها . ونقصد بطبيعة الحال الإجراءات التحفظية التي لتخذها قبل انتهاء للتطبيق .

ويلاحظ أن هذه الآثار السابقة تترتب كلها باثر رجعى من وقت انقضاء التصرف وليس من وقت تحقق الشرط أو تخلفه .

## ١٥٩ - ثانيا : آثار انتهاء التطبيق بالنسبة للفاسخ :

إذا انتهى التطبيق بتحقيق الشرط للفاسخ ، فإن للتزم المدين الذي كان موجودا ومؤكدا في فترة التطبيق يزول . ونصت على هذا للحكم المادة ١/٢٢٧ من القانون المدني الكويتي . ( مادة ٢٦٩ مدني مصري ) . ويستتبع ذلك أيضا زوال حق الدائن الذي يلتزم بأن يرد للمدين ما حصل عليه منه على سبيل الوفاء .

أما إذا انتهى للتطبيق بتخلف الشرط للفاسخ ، فتأكد للتزم المدين ويستمر في نفاذه بعد أن كان مهددا بالزوال قبل انتهاء التطبيق . ويستتبع ذلك أن يستمر أيضا حق الدائن وما كان قد اتخذته من إجراءات وما قام به من تصرفات بشأنه .

ويلاحظ أن هذه الآثار السابقة تقترب كلها بآثار رجعي من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط أو تخلفه . ويستثنى من الآثار للرجعي في حالة انتهاء تطبيق الشرط للفاسخ بتحقيقه ما قام به الدائن من أعمال الإدارة ويحسن نية قبل انتهاء التطبيق . إذ تبقى نافذة رغم زوال حق الدائن ( مادة ٢/٢٢٧ مدني كويتي - مادة ٢/٢٦٩ مدني مصري ) . فلو كان التزام البائع معلقا على شرط فاسخ وقام المشتري أثناء التطبيق وقيل أن ينتهي بتأجير الشيء ثم تحدد مبيع الشرط بتحقيقه ، فإنه ، وعلى الرغم من أن ملكية هذا الشيء تعود للبائع ، يبقى نافذا في حقه باعتباره من أعمال الادارة .

## الفرع الثالث

### فكرة الأثر الرجعي للشرط

١٦٠ - مضمون الأثر الرجعي للشرط :

ضمن المشرع المبنى الكويتي هذه الفكرة في المادة ٢٢٨ ( م ٢٧٠ مدينى مصرى ) حين قال :

١ - إذا تحقق الشرط ، وانقضى كان أو فاسخا ، استند أثره الى الوقت الذى تم فيه العقد ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى لايد للمدين فيه .

وقد نص المشرع المبنى الفرنسى على مبدأ الأثر الرجعى للشرط في المادة ١١٧٩ (١) .

وتحوى فكرة الأثر الرجعى للشرط *Retroactivite de la condition*

يتمثل في أنه إذا تحقق الشرط أو تخلف ، وانقضى كان أو فاسخا فإن أثره يستند الى الماضى أى الى وقت انعقاد التصرف .

فلو علق البائع التزامه بنقل ملكية المبيع على شرط واقف مؤداه سداد المشتري كامل أقساط الثمن وقام المشتري بالسداد تحقق الشرط وانتقلت الملكية الى المشتري ليس من وقت تحقق هذا الشرط الواقف بالسداد ولكن من وقت إبرام عقد البيع .

١٦١ - استثناءات على الأثر الرجعى للشرط :

هناك حالات ثلاث ، استثناءها النص السابق من الأثر الرجعى للشرط .

SAVATIER : op, cit., n. 777, p. 231-232

(١٠) راجع

## الحالة الأولى :

وفيها أجاز الشرع للمتعاقدين استبعاد الأثر الرجعي للشرط بالاتفاق على ذلك بأن يتفق الطرفان على أن الالتزام يترتب أو يزول من وقت تحقق الشرط وليس من وقت انعقاد العقد . فالأثر الرجعي للشرط لا يتعلق بالنظام العام (١١) .

## الحالة الثانية :

قد يستبعد الأثر الرجعي للشرط لأن وجوده يتناقض مع طبيعة العقد . كما لو كان عقدا زمنيا . فإذا استخدم صاحب عمل عاملا وعطى استخدامه على شرط واقف فإن التزامه باستخدام هذا العامل لا يكون نافذا إلا من تاريخ تحقق الشرط ولا يتصور أن يعتبر هذا الالتزام موجودا من إبرام العقد الممثلة (١٢) .

## الحالة الثالثة :

لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه . فإذا كان الشرط وقفا وملك محل العقد قبل تحقق الشرط بسبب لا يد للمدين فيه ، فإن قيمة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على المدين في العقود التبادلية . وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد . وإذا كان الشرط فاسخا وملك محل العقد قبل تحقق الشرط فإن قيمة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على الدائن في العقود التبادلية وتقع على المدين في العقود الملزمة لجانب واحد (١٣) .

وتطبيقا لذلك فإنه لو علق المبيع التزامه على شرط فاسخ وسلم المبيع للمشتري ثم ملك الشيء في يده بسبب لا دخل له فيه . فإذا تحقق الشرط الفاسخ لا يكون له أثر رجعي ومن ثم يتحمل المشتري قيمة الهلاك إذ أن

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 758, p. 760

(١١) راجع

SAVATIER : op. cit., n. 117, p. 232

(١٢) راجع . محمد ليبيب شندب ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٦ ، ص ٣٢٨ - ٣٢٩ .

(١٣) عبد الحم فوج الصده ، المرجع السابق ، ج ٢ ، رقم ٢١ ، ص ١٤ - ١٥ .

مع ملاحظة الاستثناء المعلق بأعمال الإدارة التي قام بها الدائن في نطاق آثار انتهاء تطبيق شرط الفاسخ ، وقد عرضنا له من قبل .

الأثر الرجعي للشرط يقتضى أصلا اعتبار البيع كأن لم يكن . ومن ثم فالنظر إلى البائع كما لو كان مالكا . وأعمال الأثر الرجعي يؤدي بنا إلى القول بأنه يتحمل تبعة الهلاك . ولكن والنص المشار إليه من قبل قد استبعد الأثر الرجعي للشرط ، فإنه يكون قد استثنى تبعة الهلاك منه . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يسترد الثمن من البائع .

## ١٦٢ - الشرط في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا : تناولت المادة ٢٥٠ من المشروع الشرط باعتباره وصفا معدلا لأثر الالتزام وقالت : « يكون الالتزام مطلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله متوقفا على أمر مستقبل غير محقق الوجود » ، وهذا للنص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٢٢٢ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : وتناول المشروع مقومات الشرط في نصين :

الأول : نص المادة ٢٥١ ويجرى على النحو التالي :

١ - يعتبر الالتزام غير قائم إذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظام العام أو الآداب ، وكان هذا الشرط وقتا . أما إذا كان للشرط فاسخا فإن للشرط ذاته هو الذي يعتبر غير قائم .

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخا مخالفا للنظام العام أو الآداب ، إذا كان هذا الشرط هو السبب للدفع إلى الالتزام .

الثاني : نص المادة ٢٥٢ ويجرى على النحو التالي :

« لا يعتبر الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الالتزام » .

والنص الأول يطابق المادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٢٢٤ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لهما من قبل .

أما النص الثاني ، فيطبق المادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطبق المادة ٢٢٥ من القانون المدني الكويتي . وعرضنا لهما فيما سبق .

وتتطلب هذه النصوص جميعاً في الشرط - وهو أمر مستحيل غير محقق الوشوع - أن يكون ممكناً ومشروعاً وألا يتطرق بمحض إرادة الملتزم إذا كان شرطاً واقفاً . وقد عرضنا لذلك تفصيلاً من قبل .

ثالثاً : وفي آثار الشرط لوقوف نصت المادة ٢٥٢ من المشروع على أنه « لا ينفذ الالتزام المطلق على شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط » على أنه لا يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ به على حقه ، .

وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٦٨ من القانون المدني المصري الحالي . وقد عرضنا للنص الأخير فيما سبق ونحن نقتول آثار الشرط .

وفي مبيان الاختلاف بين النصين ، اقتصر المشروع على القول - تطبيقاً على النص المقترح - بأن كل ما قرأ عليه من تعديل هو لفظي . كما حذف من النص المقترح الإشارة إلى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهري أو الاختياري ولتقي يتضمنا النص الحالي سالف الذكر ( ٢٦٨ ) .

ولنا أن نقول : إن النص المقترح من المشروع يتضمن تعديلاً أساسياً في حكم النص الحالي من القانون المدني . إذ منع الدائن بالالتزام مطلق على شرط واقف من اتخاذ الإجراءات للحفاظية وهو أمر يبيح النص الحالي .

وعلى أية حال ، فإن ذلك النص المقترح من المشروع يقابل أيضاً المادة ٢٢٦ من القانون المدني الكويتي . ويسرى هنا أيضاً ما قلناه بخصوص الإجراءات للحفاظية للدائن بالالتزام مطلق على شرط واقف . فقد أجازها للنص الكويتي - على غرار النص الحالي للقانون المدني المصري - بخلاف نص المشروع سالف الذكر .

وإذا كان من تطابق فتحدث عنه ، ويقوم بين الفصوص السابقة ، فإن مطه الحكم الخاص باتر للشرط للوقف قبل تحققه . إذ لا يكون نافذاً . وفي آثار الشرط الفاسخ : نصت المادة ٢٥٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - يتوجب على تحقيق الشرط لفسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملتزماً برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب يرجع إليه وجب عليه التمسك .

٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

وهذا النص المقترح من المشروع انما يطابق المادة ٣٦٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٧ من القانون المدني الكويتي مع اختلاف بسيط في اللفاظ . وقد عرضنا فيما سبق للنصين الآخرين .

رابعا : وجاءت فكرة الأثر الرجعي في المادة ٣٥٥ من المشروع اذ قالت :

١ - إذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

والنص يطابق المادة ٢٧٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا فيما سبق للنصين الآخرين .



## المطلب الرابع

### الشرط في الفقه الاسلامي

١٦٣ - يتفق الفقه الاسلامي على أن للعقد لا يوجد في الخارج الا اذا وجد عاقد وصيغة ، ايجاب وقبول وصل يرد عليه ويظهر اثر العقد فيه ، وعلى الرغم من ذلك فقد ثار في هذا الفقه خلاف حول ما يمد من هذه الأمور ركنا في العقد . الحنفية يحضرون اركان للعقد في الايجاب والقبول . وغير الحنفية يقولون ان هذه الأمور كلها اركان (١٤) .

ومهما يكن من أمر مثل هذا الخلاف ، فإن صيغة العقد في الفقه الاسلامي قد تكون منجزة أو مطلقة ، وفي الأخيرة يكون العقد مطلقا على شرط فما المقصود بالشرط في الفقه الاسلامي ، وما هي انواعه ؟

١٦٤ - المقصود بالشرط في الفقه الاسلامي (١٥) :

يطلق الشرط عند الفقهاء ويراد به معنى من اثنين (١٦) :

المعنى الأول : التزام المتصرف في تصرفه بأمر زائد عن أصل التصرف سواء اكان الالتزام للزائد من مقتضى التصرف ام لا وسواء اكان فيه منفعة للملتزم أو لغيره ام لا . كما لو التزم البائع بشرط في البيع يقضى بتسليم المبيع .

المعنى الثاني : وفيه مقصودنا بالدراسة : الأمر للزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذي يتوقف وجود الفعل على وجوده ، ويمد به من غير تأثير لوجوده في وجود ذلك الفعل .

والشرط بهذا المعنى يسمى شرطا جمليا وتحته نوعان (١٧) :

(١٤) راجع ، للشيخ مصطفى شلبي ، المخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الحكيمة والمقود به ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٨٨ ، ١٦٦٩ ، ص ٤١٨ .

(١٥) راجع أن هذا بحثنا في شرط القبح من التصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي .

(١٦) راجع : نظرية الشروط المحترقة بالعقد في الشريعة والقانون للشيخ زكي الدين شمسبان ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٦ - ٢٤ .

١ - ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه لما في ذلك الشرط من اللامعة للفعل والكمال له . كالطهارة وسر الصورة شرطين في الصلاة ، وحولان الحول بالنسبة للزكاة . فانه شرط لوجوبها .

٢ - ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بفعل المكلف وجعله . كما لو علق المكلف تصرفه على حصول أمر من الأمور المستقبلية المحتملة الوقوع ببلادة من أدوات التطبيق في اللغة .

وفي هذا النوع الثاني تنحصر دراستنا هنا للشرط في الفقه الاسلامي باعتباره وصفا في الالتزام ويؤد على وجوده . اطلق الفقهاء على هذا النوع من الشرط الجملي « شرطا مطلقا » وسموا العقد الذي يتضمنه « عقدا مطلقا على شرط » . ومثاله أن يقول شخص إذا نجحت في الامتحان تصدقت بمبلغ كذا على الفقراء .

أما الشرط بمعناه الأول لدى الفقهاء ( الأمر الزائد عن التصرف ) فيسمى بالشرط المقيد ولا يدخل في دراستنا للشرط باعتباره وصفا للالتزام<sup>(١٨)</sup> .

وما ينبغي أن يلاحظ هو الفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد وبعبارة أخرى يجب أن نفرق بين تعليق العقد على شرط من جهة واتقارن العقد بشرط مقيد من جهة أخرى .

فالعقد المعلق هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر أما لتقارن العقد بشرط مقيد فيعني أن يزداد على العقد شرط فبها فائدة لأحد المتعاقدين أو غيرهما .

---

(١٧) راجع . للشيوخ زكي العنيد شحان ، المرجع السابق ، الوقع السابق . راجع أيضا ، موسوعة الفقه الاسلامي ، المجلس الأعلى للعلوم الاسلامية ، ج ١١ ، مادة لشرط ص ١٤٠ وما بعدها .

راجع أيضا : الالتزامات في الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني من الاصل للكمال للمرحوم احمد لبراهيم بك ، ١٣٦٣ هـ . توزيع دار الاتصال بالقاهرة ، ص ١٦٩ وما بعدها .

(١٨) راجع في الموضوع : موسوعة الفقه الاسلامي ، مشار إليها فيما سبق مجلة للبحوث الاسلامية ، اللجنة المنظمة للبحوث العلمية والافتاء ، المجلد الأول ، للمعد الثاني - مشار إليها من قبل .

## ١٦٥ - مقولة بين الشرط في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي :

تذكرنا ان الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام يعنى في الفقه القانوني امراً مستقبلاً غير محقق الوقوع . وبهذا لا يختلف عن معناه في الفقه الاسلامي على نحو ما ذكرنا بالنسبة للنوع الثاني من الشرط الجعلي . ويؤكد ذلك ما ورد في المادة ٣١٥ من مرشد الحيران من تعريف الشرط والتطبيق وتنص على ان « الشرط هو الالتزام مستقبل في امر مستقبل بصيغة مخصوصه . والتطبيق هو ترتيب امر مستقبل على حصول امر مستقبل مع اقترانه باداة من ادوات الشرط » .

ويؤكد ايضا ما جاء في المادة ٣١٧ من مرشد الحيران وقد نصت على ان : « المقد الملحق هو ما كان ملحقا بشرط غير كائن او بحادثة مستقبلية ... » .

ويبين من النصين ان شرط التطبيق وهو القصد في الفقه الاسلامي كوصف في الالتزام هو عبارة عن امر مستقبل غير محقق الوقوع .

اضافة الى ما تقدم ، فقد مر بنا ان الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام في الفقه القانوني ، يتنوع الى شرط ولق وشرط ناسخ ، ولا يختلف عن الفقه الاسلامي كثيراً في ذلك .

اذ الشرط اللواقف في الفقه القانوني يطلق عليه في الفقه الاسلامي « الشرط الملحق » وقالت عنه المادة ٣١٧ من مرشد الحيران في عجزها ... « والملحق يتأخر انعقاد مسببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينقصد سببها مفضيا الى حكمه (١٩) الا يتفق معه تعريف الشرط اللواقف في الفقه القانوني على نحو ما عرضنا له من قبل ؟

أما الشرط للفاسخ في الفقه القانوني ، فلا يعرف بهذه التسمية في الفقه الاسلامي . اذ الشرط للفاسخ بمعناه في الفقه القانوني في بعض صور الشرط المقيد في الفقه الاسلامي . وهي الصور التي يترتب على تحقق الشرط فيها زوال الالتزام تلقائيا دون لجوء الى التقاضي (٢٠)

---

(١٩) وهو نفس المعنى في المادة ٨٢ من مجلة الاحكام المحلية ونصها كالآتي  
« الملحق بالشرط يجب ثبوته عند الشرط » .

(٢٠) وتريب منه ، ما نصت عليه المادة ٣٢٤ من مرشد الحيران « ينسخ العقد الشروط منسوخة بالخيار اذا نسخ من له الخيار قولا او فعلا ... » ، وما نصت عليه ايضا المادة ٣٢٧ من مرشد الحيران . « يتم المد الشروط فيه للخيار ويلزم بضي مدة الخيار بدون نسخ لا لاجزاء المد من شرط له الخيار » . للافصح من النصين ان استعمال من شرط له الخيار حقه في الفسخ او عمه يترتب عليه اما نسخ المد وزوال الالتزام في حالة استعماله او تأكيد المد في غير ذلك . اليس في ذلك معنى لشرط الفاسخ في القانون ؟

مثال ذلك لو شرط الواجب على الموصوب له لا يبيع للمين الموصوبة فإذا خالف الأخير الشرط زالت للهبة عند الإمامية . وكما لو باع شخص لأخسر شيئاً على أنه إن لم ينفذ الثمن في مدة ثلاثة أيام عنه فلا يبيع بينهما فإن تأخر المشتري عن دفع الثمن في المدة المتفق عليها يترتب عليه زوال البيع عند الحنفية دون حاجة لحكم قضائي (١) .

وبهذه هنا أن نشير إلى موقف الفقه الإسلامي من الشرط المطلق . فقد نصت المادة ٢٥٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ما يأتي : « المبيع المطلق على شرط لا يصح . فلو قال بعت هذا أو اشتريته بكذا إن رضي فلان أو إن قدم ... لم ينفذ . لكن لو قال إن شئنا الله صح ... »

وعما يجب توافره في الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام فلا يختلف فيه الفقه القانوني عما هو مقرر في الفقه الإسلامي . إذ اشترطت المادة ٣١٨ من مرشد الحيران لصحة التعليق « أن يكون محلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً » . ويزادت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران أيضاً ، « ... والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر » .

وكما يبين من النص ، يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً ويجب كذلك أن يكون ممكناً . ليست هذه الشروط هي التي ينبغي توافرها في الشرط كوصف في الالتزام في الفقه القانوني كما مر منا من قبل ؟

---

(١) راجع هذه الأمثلة ومصادرها : الشيخ زكري الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص ٣٥ . ويمكننا أن نقرب منه نص المادة ٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية « كل من شرط له الخيار ثبت له حق الامضاء والفسخ دلخيل المدة الميئة وينسخ العقد بفسخه أما إذا انقضت المدة ولم يفسخ من له الخيار لزم للبيع » .

## المبحث الثاني :

### الأجل

LE TERME

١٦٦ - تقسيم :

ذكرنا فيما سبق أن من أوصاف الالتزام ما يتعلق بوجوده أو نفاذه ،

وهي الشرط والأجل .

أما وقد عرضنا للشرط ، فآنذا نتناول الأجل في هذا البحث . ونعرض  
أولا لتعريف هذا الأجل وأنواعه المختلفة ثم نتكلم عن آثاره . ثم نعرض  
للاجل في الفقه الإسلامي .

وعلى ذلك تنقسم دراستنا إلى المطلب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الأجل وأنواعه .

المطلب الثاني : آثار الأجل

المطلب الثالث : الأجل في الفقه الإسلامي

## المطلب الأول

### تعريف الأجل وأنواعه

#### ١٦٧ - أولا - تعريف الأجل :

الأجل عبارة عن أمر مستقبل محقق للوقوع يقوفاً على تحققه نفاذ الالتزام أو انتهاؤه . ( مسأدة ٢٢٩ مدني كويتي - مسأدة ١/٢٧١ مدني مصري ) ( ٢٢ ) .

ووفقاً لذلك ، يكون التزام الأجل أو مضامناً إلى أجل لو توقفت نفاذه أو انتضاءه على أمر أو حادثة مستقبل محقق للوقوع . مثال ذلك حلول يوم معين في المستقبل مثل أول رجب . وقد يترتب على حلول حصة اليوم نفاذ الالتزام فيكون الأجل واقفاً وقد يترتب عليه لنقضه الالتزام فيكون الأجل فاسخاً . وهنا يتصور التساؤل : فيما يتفق الأجل مع الشرط وفيما يختلف عنه ؟ إجابته على هذا التساؤل نقول : يتفق الأجل مع الشرط في أن كلا منهما أمر مستقبل وعارض أي لا يدخل في تكوين الالتزام . ومع ذلك فإن ثمة اختلافاً بينهما . على حين نجد الأجل محقق للوقوع في المستقبل نجد الشرط غير محقق للوقوع .

#### ١٦٨ - ثانياً - أنواع الأجل :

ينقسم الأجل إلى أنواع تتمدد بحسب الأثر والمصدر والتعيين .

فمن حيث الأثر ، ينقسم الأجل إلى أجل واقف وأجل فاسخ (٣) :

فالأجل الواقف ، أمر مستقبل محقق للوقوع يتوقف على تحققه نفاذ الالتزام كان موجوداً . كما لو التزم شخص بإدائه مبلغ نقدي لآخر بعد ستة شهور [٤]

[٥]

(٢٢) راجع ، عبد الوليق أحمد لاسنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،

ج ٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، رقم ٤٦ ، ص ٧٦ .

SAVATIER : op. cit., n. 173, p. 226-227

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 727, p. 746

أما الأجل للفاسخ ، فعبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يقترب على حلوله انقضاء الالتزام . كما لو قام شخص بتأجير سيارته لأخر مدة شهرين . إذ يقترب على حلول أجل الشهرين انقضاء الإجارة وقد نصت على النوعين المادة ٣٢٩ مئني كويتي .

١٦٩ - من حيث المصدر ، ينقسم إلى أجل تقاضي وقانوني وقضائي (٢) :

غالباً ما يتمثل مصدر الأجل في الاتفاق . وقد يكون صريحاً أو ضمناً . ومثال الأخير الالتزام بتوريد أغذية للمدارس . إذ لا يحل أجل مثل هذا إلا مع بدء للعام للدراس .

وقد يرجع الأجل في مصدره إلى التقاضي ويكون ذلك في الحالة التي يمنح فيها المدعى مهلة للوفاء بالتزامه إذا كان هناك مبرر من الظروف . والأجل القضائي على هذا النحو يطلق عليه نظرة المصرة .

أما عن الأجل القانوني ، فإنه يكون بنص من المشرع . كما يحدث عندما يمنح المشرع للمدين مهلة للوفاء بديونهم بسبب ظروف قاهرة مثل الحرب و الأزمات الاقتصادية .

١٧٠ - ومن حيث التمين ، يكون الأجل معينا أو غير معين (٣) :

على أساس أن الأجل أمر أو حادث مستقبل محقق الوقوع فاما أن يتحدد مقدماً وقت وتاريخ ونوع الأمر أو الحادث . يقال أن الأجل معين وأما أن يكون هذا التحديد غير ممكن لأن وقت وتاريخ الأمر أو الحادث المستقبل غير معلوم على الرغم من أنه محقق للوقوع يقال في هذه الحالة أن الأجل غير معين . ومثال الأول تحديد تاريخ يوم معين ومثال الثاني وفاة إنسان ما زال حياً . إذ من غير الممكن أن يعلم للشخص ميعاد وفاته على الرغم من أنها أمر مستقبل محقق الوقوع .

---

MAZEAUD : op, cit., n. 1015, p. 968

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226

## المطلب الثاني

### آثار الأجل<sup>(١)</sup>

١٧١ - نفرق بشأن هذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل انقضاء الأجل وما يترتب منها بعد ذلك \* في فرعين :

• للفرع الأول : آثار الأجل قبل أن ينقضى .

• للفرع الثاني : آثار الأجل بعد أن ينقضى .

---

MAZEAUD : op. cit., n. 1019-1024, p. 969-970.

(٣٦)

CARBONNIER : op. cit., n. 61, p. 215-217.

دأب في آثار الأجل أيضا : السّهوري ، المرجع السابق ، رقم ٦٣ ، ص ٩٧

وما بعدها \*



## الفرع الأول

### آثار الأجل قبل أن ينقضى

١٧٢ - يميز في آثار الأجل قبل انقضائه بين الأجل للوفاء والأجل الفاسخ .

١٧٣ - أولا : الأجل للوفاء :

إذا كان الالتزام مضاعفاً إلى أجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضى فيه الأجل ( مادة ١/٣٣٠ معنى كويتي - مادة ١/٢٧٤ معنى مصرى ) .

ومعنى ذلك ببساطة أنه قبل انقضاء الأجل يكون الالتزام موجوداً ولكنه غير نافذ أى غير مستحق الأداء . . . ويتقرب على وجود الالتزام غير نافذ عدة نتائج نوجزها فيما يلي :

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء ما دام الأجل لم ينقض . اذ يتعين لذلك أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وهو غير ذلك بيقين لأن الأجل لم ينقض . كل ما هنالك وحسبها صرح به المادة ٢/٣٣٠ معنى كويتي أنه يجوز لهذا الدائن أن يتخذ - وقبل أن ينقضى الأجل - من الاجراءات ما يحافظ به على حقه كأن يطالب بتأمين اذا كان يخشى ، ولأسباب مقبولة ، اضرار المدين أو لفلاسسه .

٢ - ارتباطاً بما تقدم وتقريراً عنه ، وما دام حق الدائن غير مستحق الأداء لأن الأجل لم ينقض ، فإن التناقص للزمن لا يبدأ في السريان بحق الدائن ، وهذا بدعى ، اذ يقتضى للتقدم لبدء سريانه ، أن يكون في استطاعة الدائن أن يطالب بحقه ، وذلك لا يمكن أن يتحقق الا بعد انقضاء الأجل .

٣ - اذا قام المدين بالوفاء والأجل لم ينقض بعد ، لا يجوز له أن يسترد ما وفاه شريطة أن يكون على علم بعدم انقضاء الأجل والا كان له أن يسترد .

٤ - لا تقع المناصه بين حق الدائن وحق آخر . كما انه ليس في مكنة للدائن أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية .

١٧٤ - ثانياً : الأجل الفاسخ :

اذا كان الالتزام مضاعفاً إلى أجل فاسخ ، كان هذا الالتزام - على خلاف ما اذا كان الأجل - موجوداً ونافذاً ، وإن كان زواله أمراً محققاً بحلول هذا الأجل . ولما كان حق الدائن مستحق الأداء لانه نافذ فإنه يستطيع مطالبة المدين بالوفاء ، ويمسرى للتناقص بحقه وله أن يطعن في تصرفات هذا المدين بالدعوى البولصية .

## الفروع الثاني

### آثار الأجل بعد أن ينقضى

١٧٥ - لما كانت هذه الآثار مرهونة في حدوثها بانقضاء الأجل فان المنطق يقضى بالتعرف أولا على كيفية انقضاء الأجل وذلك ببيان أسبابه قبل أن تعرض لهذه الآثار .

#### ١٧٦ - أولا : أسباب انقضاء الأجل :

ينقضى الأجل بسبب ضمن ثلاثة أسباب رئيسية تؤدي الى ذلك . اذ ينقضى بحلوله او بالنزول عنه او بسقوطه .

#### ١٧٧ - ١ - حلول الأجل :

إذا كان الالتزام مضاعفاً الى أجل ، فإنه يحل بحوث الأمر المستقبل لأدى كان محقق الوقوع . فإذا كان معيناً ، أي محدد الوقت والتاريخ مثل حلول أول يوم في شهر معين ، حل الأجل بحلول هذا اليوم . وإذا لم يكن معيناً ، أي غير محدد بوقت ولا تاريخ على نحو ما ذكرنا بخصوص ما إذا كان الأجل هو موت شخص ما زال على قيد الحياة ، يحل الأجل بحوث الوفاة . ويلاحظ أن المادة ٣٣٣ منى كويتى قد نصت على حلول الدين المؤجل بموت الدين الا إذا كان عضوناً بتأمين خاص لو قدم الورثة ضماناً كافياً . وهو حكم مأخوذ عن الفقه الاسلامي .

#### ١٧٨ - ٢ - النزول عن الأجل :

ينقضى الأجل بالنزول عنه . وينبغى - وهذا بدى - أن يكون النزول ممن له الحق فيه . وصاحب الحق في النزول هو من كان الأجل لمصلحته (٣) وغالباً ما يكون الأجل لمصلحة الدين ولكن يمكن ان يتمحض لمصلحة الدائن كما هي الحال في الوديعة كما يمكن أن يكون لمصلحة الدائن والمدين معا . ولا يملك التنازل في الحالة الأولى الا للدين وفي الثانية الدائن . أما في الحالة الثالثة فلا يمكن للنزول عن الأجل الا باتفاق الدائن والمدين . وفي هذا الصدد نصت المادة ٣٣١ من القانون المنقذ الكويتي على ما يلى :

---

(٣) عبد الحميد الجردوى ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، رقم ١٩٦ ، ص ٢٤٣ .

١ - يفترض في الأجل للواقف أنه ضرب لمصلحة الدين إلا إذا نص القانون أو تبين من العقد أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا .

٢ - ولذا تمحى الأجل لمصلحة أحد الطرفين جاز له أن ينزل عنه ، .

### ١٧٩ - ٣ - سقوط الأجل :

حصرت المادة ٣٣٢ مدنى كويتى ( مادة ٢٧٣ مدنى مصرى ) أسباب سقوط الأجل ، وقيل أن نعرض لهذه الأسباب نود أن نشير - كما يبين لنا من النص - إلى ملاحظة هامة مؤدوها : أن للسقوط مقصور على الأجل الواقف . إذ الأجل الفاسخ لا يسقط ، وعن أسباب السقوط نذكرها على النحو التالى :

( أ ) يسقط حق الدين في الأجل الواقف إذا حكم بإفلاسه ونصت على ذلك المادة ٣٣٢/١ مدنى كويتى . ولظاهر أنه يختلف عن النص المقابل في القانون الحنفى المصرى . فقد نصت المادة ٢٧٣/١ منه على سقوط حق الدين في الأجل إذا شهر إفلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون . ومفهوم ذلك سقوط الأجل بشهر الإفلاس إذا كان الدين تاجرا وبشهر الاعسار إذا لم يكن كذلك . وغنى عن البيان أن شهر الاعسار يختلف عن شهر الإفلاس . فمقام الأخير تصفية جماعية لأموال الدين المتاجر بخلاف الأول وهو عبارة عن إجراء فردى ضد دين غير تلجر .

ويرجع سقوط الأجل بهذا السبب إلى أن الدائن قد رضى الأجل استنادا إلى يسار الدين ، ولو بقى الأجل على الرغم من الإفلاس أو على الرغم من شهر الإفلاس أو شهر الاعسار كانت النتيجة غير عادلة . إذ يستفيد فقط أصحاب الديون التى حلت وربما تستغرق حقوقهم كل أموال الدين ولا يبقى شيء لأصحاب الديون المؤجلة .

( ب ) يسقط حق الدين في الأجل الواقف أيضا إذا أضعف بطله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا للتأمين قد أعطى بمقدار لاحق أو بمقتضى القانون وهذا ما لم يفخر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان الضمانف للتأمين يرجع إلى سبب لا فصل لإرادة الدين فيه فإن الأجل

يسقط ما لم يقدر المدين للدائن تأميناً كافياً ( مادة ٣٣٢/ب مدني  
كويتي - مادة ٢٧٣ مدني مصري ) . والغرض أن حق الدائن  
مؤجل ومضمون في نفس الوقت بتأمين خاص تقدم له سواء كان  
للتأمين مصدره الاتفاق كالرهن أو القساقون كالامتياز . فإذا  
أضعف للتأمين إلى حد كبير ، يجب التفرة : أن يكون الإضعاف  
بفعل المدين وفي هذه الحالة يسقط الأجل حيث يستطيع الدائن  
أن يطالب بالوفاء الفوري بالالتزام . ومع ذلك فقد أعطى المشرع  
للدائن الخيار بين سقوط الأجل أو الإبقاء عليه ومطالبة المدين  
بتكملة التأمين الذي ضعف .

أما إذا كان الإضعاف للتأمين يرجع إلى سبب لا دخل  
لارادة المدين فيه فإن الأجل يسقط لكن المدين يستطيع تجنب  
ذلك إذا تقدم ضماناً كافياً . فالخيار هنا للمدين بخلاف الحالة  
السابقة .

ويلاحظ أن المشرع تطلب أن يكون الإضعاف للتأمين إلى حد  
كبير بحيث يصبح في قيمته أقل من قيمة الدين . فالإضعاف  
للغير لا يكفي .

ويجب فوق ذلك أن يكون الإضعاف بفعل المدين كما لو  
كان للتأمين رهناً على عقار يملكه وتصرف فيه بالبيع وتم  
التسجيل بعد إبرام الرهن وقبل القيد . فالرهن على هذا  
النحو لا قيمة له كتأمين .

وكما رأينا ، فإن الإضعاف قد يرجع إلى سبب لا دخل  
لارادة المدين فيه كما لو تهدم المرصون بفعل زلزال مثلا .  
وعلة سقوط الأجل ترجع إلى اعتماد الدائن على التأمين الخاص  
عندما رضى الأجل .

( ج ) إضافة إلى ما تقدم ، يسقط حق المدين في الأجل الواقف أيضاً  
إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات .

فإذا كان المدين قد وعد الدائن في العقد الشخصي بالالتزام بتقديم  
تأمين يضمن الوفاء بالحق المؤجل ولم يف هذا المدين بوعده ، سقط  
الأجل . وعلة ذلك أن الدائن ربما اعتمد على الوعد بالتأمين من المدين ،  
وإخلال الأخير به إخل بثقة الأول فيه .

١٨٠ - ثانيا : الآثار التي تترتب على انقضاء الأجل :

١٨١ - آثار انقضاء الأجل للوقف :

الآثار الجوهرية لانقضاء الأجل للوقف صيرورة الالتزام نافذا ومستحق الأداء وكان قبيل ذلك موقوفاً في نفاذه .

وعليه ، فإنه إذا لم يتم المدين بتنفيذ هذا الالتزام مختاراً يمكن للدائن أن يجبره عليه . كما تبدأ في السريان مدة التقادم بحق هذا الدائن يجوز له أيضاً المطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البواسية وما فود أن ننسبه عنه هنا . أن هذا الأثر لانقضاء الأجل يتم دون رجعيه . أي يصبح الالتزام نافذاً من وقت انقضاء الأجل وليس من الوقت الذي نشأ فيه والمعبرة في ذلك باليوم التالي مباشرة ليوم الانقضاء لا يوم الانقضاء ذاته (١٨) .

١٨٢ - آثار انقضاء الأجل للفاسخ :

يترتب على انقضاء الأجل للفاسخ ، انتهاء الالتزام الذي أضيف اليه ويتم ذلك دون أثر رجعي . على معنى أن يكون هذا الانقضاء بالنسبة للمستقبل . وقد نصت على انعدام الأثر الرجعي في هذه الحالة المادة ٣٣٥ معنى كويتى (م . ٢/٢٧٤ معنى مصرى) .

١٨٣ - الأجل الشروع المسمى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٥٦ من المبروع على الأجل وجاء تعريفها له على النحو التالي :

١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على امر مستقبل محقق الوقوع .

٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع ، متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 748, n. 370.

(٢٨)

MAZEAUD : op. cit., n. 1024, p. 970.

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٧١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٩ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا للنصين الآخرين فيما سبق .

ثانيا : وتناول المشروع آثار الأجل في المادة ٢٥٧ ونصها كالاتي :

١ - إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس الدين أو عساره واستند في ذلك إلى سبب معقول .

٢ - ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ لانتفاء الالتزام ، دون أن يكون لهذا الانتفاء أثر رجعي .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٧٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٣٠ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا للنصين الآخرين فيما سبق .

ثالثا : وتناول المشروع أمر بالنزول عن الأجل لمصلحة من يكون في المادة ٢٥٨ اذ قالت :

١ - يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة الدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا .

٢ - ولذا تمحى الأجل لمصلحة الطرفين ، جاز له أن ينزل عنه بإرادته المفردة .

وهذا النص مستحدث ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي . ولكنه يطابق تماما المادة ٣٣١ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لها من قبل في دراستنا لانقضاء الأجل بالنزول عنه .

رابعاً : وعن سقوط الأجل : نصت المادة ٢٦٠ من المشروع على ما يأتي :

### يسقط حق الدين في الأجل :

١ - إذا شهر إفلاسه ، أو ثبت إعساره بأن كانت أمواله لا تفي بالديون الحالة .

٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بمقتد لاحق أو بمقتضى القانون ، وهذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أما إذا كان لأصناف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لارادة الدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم الدين للدائن ضماناً كافياً .

٣ - إذا لم يتقدم للدائن ما وعد في العقد بتخصيمه من تأمينات .  
والفقرة الأولى من هذا النص تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري الحالي التي تقول : « إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون » .

وقد عملت هذه الفقرة على النحو المذكور في المادة المقترحة ، لأن المشروع لم يقر نظام الإعسار مع إبقائه على الحكم للخاص بطول أجل الدين إذا ثبت إعسار الدين بأن كانت أمواله لا تفي بديونه المستحقة الأداء .

ونشير أيضاً إلى أن الفقرة الأولى من نص المشروع اتسماً يقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي . مع ملاحظة فارق أساسي يتمثل في أن تلك الفقرة من النص الكويتي قد اقتصر على ذكر الإفلاس وقد أضحى من قبل إلى هذا الاختلاف عند مقارنة النص الكويتي بالنص المصري الحالي .

أما الفقرتان الثانية والثالثة من النص المقترح في المشروع ، فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادتين : ٢٧٣ من القانون المدني المصري الحالي ، ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لهما فيما سبق .

## المطلب الثالث

### الأجل في الفقه الاسلامي

١٨٤ - **الأجل وتعريفه في الفقه الاسلامي (٣٠) :**

ان اضافة الالتزام الى اجل امر معروف وجائز في فقه الشريعة الاسلامية ودليل جوازه قوله سبحانه وتعالى في «سورة البقرة» اذا تدابرتم بدين لى اجل مسمى «(٣٠)» وقد عرفت المادة ١٨٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل للتاجيل بقوله «للتأجيل : هو تأخير تسليم العوض بالتراضي الى وقت معين» (٣١) ويختلف التأجيل بذلك عن التقسيط الذي عرفته المادة ١٨٨ من نفس المجلة بقوله «التقسيط : هو تأجيل العوض مفرقا الى اوقات متعددة وكل جزء يحل وقته يسمى تسطاً» (٣٢) وهذا وقد عرفت المادة ٣٢٠ من مرشد الحيران للمقند المضاف بقوله «العقد المضاف هو ما كان مضافاً الى وقت مستقبل» \*

١٨٥ - **انواع الاجل : يتنوع الاجل في الفقه الاسلامي على النحو التالي :**

١٨٦ - **أولاً : الاجل المعلوم والاجل المجهول :**

يمكن ان يكون الاجل معلوما ونصت المادة ٣٦٢ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان «البيع مع تأجيل الثمن مدة معلومة او تقسيطه صحيح الا في ربا الفسيئة» وجاء في المادة ٤٨٨ من نفس المجلة بخصوص السلم ما يلي : «يشترط ذكر اجل معلوم له دفع عادة ولو مقسطاً على أقساط» فلو جهل أو ابهم فسد السلم فلو اجل الى اسبوع او شرط تعجيل للبعض لم يصح العقد» \*

---

(٢٩) راجع : عبد الناصر الحطار ، نظرية الاجل في الالتزام في الشريعة الاسلامية وللقولتين العربية .

(٣٠) اول الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣١) وهو التعريف الذي جاءت به المادة ١٥٦ من مجلة الاحكام للعلية اذ قالت التأجيل تعليق للعين وتأخيرها الى وقت معين» .

(٣٢) نفس المعنى الذي جاء بالمادة ١٥٧ من مجلة الاحكام للعلية لذا قالت «التقسيط تأجيل اداء الدين مفرقا الى اوقات متحدة معينة» \*



وفى وجوب أن يكون الأجل معلوما ، قالت المادة ٤٢٠ من مرشد  
الحيран « يصح للبيع بثمن حالى ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان او  
قصيرا ..... » (٣٣) .

ويعتبر الأجل معلوما كما نصت المادة ٢٤٧ من مجلة الأحكام المحلّية  
« اذا عقد البيع على تأجيل الثمن الى كذا يوما او شهرا او سنة او الى وقت  
معلوم عند العاقدين ..... » صحح للبيع ، (٣٤) . أما اذا كان الأجل  
غير معلوم ، فقد نصت المادة ٢٤٨ من مجلة الأحكام المحلّية على أن « تأجيل  
الثمن الى مدة غير معينة كأمطار السماء يفسد البيع » وعن مجلة الأحكام الشرعية  
على مذهب الامام احمد بن حنبل ، فانه بالإضافة الى نص المادة ٤٨٨ منها  
بخصوص فساد السلم لأجل مجهول او مبهم كما سبق ، نجد مثالا آخر  
في المادة ١٠٢٢ وتقتصر على أنه « لا تصح الكفالة الى أجل مجهول جهالة  
فاحتسب كمجى المطر وميوب الريح ، أما الى الحصاد والجذالذ (٣٥) وتحدوم  
للحاج مما لا يمنع مقصود الكفالة فتصح » .

## ١٨٦ - ثانيا : الأجل الاتفاقى والأجل القضائى :

يمكن أن يكون الأجل بالاتفاق أى بالتراضى على نحو ما جاء بالمادة  
١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية كما ذكرت من قبل ، أما بخصوص الأجل  
القضائى فى الفقه الإسلامى ، فقد نصت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيран  
على أنه : « لا يجوز للقاضى أن يمهّل المشتري فى دفع الثمن للبائع ما لم  
يكن المشتري مصرا لا يقدر على الوفاء فينتظر الى ميسره » (٣٦) .

ومعنى ذلك ، أنه اذا لم يف المشتري بالثمن للبائع ورفع الأخير الأمر  
للقاضى ، وجب على القاضى أن يأمر المشتري بالدفع الا اذا بان له أنه مصر  
لا يقدر على الوفاء فيعطى له مهلة الى ميسره . وجاء فى قوانين الأحكام

(٣٣) وتتنص المادة ٢٤٦ من مجلة الأحكام المحلّية على أنه « يلزم أن تكون المدة  
مطلومة فى البيع بالتأجيل والتقسيم » - وعند تشالعية يجب أن يكون الأجل معلوما فى البيع  
بثمن مؤجل ، راجع المذهب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٢٧٣ .  
(٣٤) ومثلت المادة لليوم المعلوم عند العاقدين بيوم الترموز وهو عيد اول السنة  
لشمسية عند اللغماء .

(٣٥) وأخذ الملكية ملك . فقال ابن جزى فى قوانين الأحكام الشرعية ، سابق  
الإشارة اليه ، « ويجوز أن يكون الأجل الى الحصاد والجذالذ » . ص ٢٩٥ .  
(٣٦) راجع ايضا المادة ١٧ من مجلة الأحكام المحلّية « المسقة تجلب للتيسير ... »  
وتعتبر نظرة الميسرة تطبيقا لهذه القاعدة .

الشرعية في خصوص نظرة الميسره : « لذا دعا صاحب الحق غريمه الى القاضى بعد ثبوت الحق وحلوله ..... ولم يدع للزوم المحكم فانه يؤمر بالأداء ، فان قاتل امهلونى بينما يتيسر لى اعطى رخصا او ضامنا بالمال ..... ويؤخره القاضى مدة على حسب قلة الدين وكثرتة وذلك يرجع الى اجتهاد القاضى ..... » (٣٧) .

## ١٨٧ - ثالثا : الاجل للوائف والاجل للفلسخ ( الموقوفات ) :

ان ما سمي بالاجل للوائف في القانون كما اوضحنا فيما سبق نجد تصويره في للفقه الاسلامى في نطاق ما يعرف « بالمقد المضاف » وقد اشرنا الى تعريفه من قبل خلال المادة ٣٢٠ من مرشد الحيران . وهو العقْد الذى يكون منقدا في الحال ، كل ما هنالك ان حكمه لا يقع قبل حلول الوقت الذى اضيف اليه .

وعلى حد تعبير النص المذكور ان العقْد المضاف ينمقد سببا في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه . مثال ذلك الاجاره المضافة كما نصت عليها المادة ٥٢٧ من مجلة الاحكام الشرعية بقولها « الاجاره المضافة : هى الاجاره لمدة تتبدى من وقت مستقبل » (٣٨) والمعنى الواضح لذلك ان قوام هذا النوع من الاجاره يتمثل في ان العقْد به يكون منقدا في الحال على ما فكرنا منذ قليل لكن حكمه اى اثره لا يقع ولا يترتب قبل حلول الاجل المضاف اليه او على وجه الدقة لا يقع الا بحلول هذا الاجل وقد مثلت لذلك المادة ٥٣٧ من مجلة الاحكام الشرعية بمناسبة قولها بصحة الاجاره المضافة في الأعيان الميئنه والموصوفه . « لو أجره هذه الدار مدة تتبدى من اول السنة المقبلة او أجره ابلا موصوفة مدة مستقبله صحت الاجاره ..... » .

(٣٧) قولنن الاحكام للشرعية لابن جزى ، مشار اليه من تدل ، ص ٢٤٥ - ٢٤٦ .

وسوف نعرض لنظرة الميسره في الفقه الاسلامى فيما بعد عند تناول انقضاء الالتزام بالوفاء في هذا الفقه .

(٣٨) وقد عرفت المادة ٤٠٨ من مجلة الاحكام العدلية الاجاره المضافة بقولها « الاجاره المضافة ايجار معتبر من وقت معين للمستقبل مثلا لو استؤجرت دار بكذا فقولنا لكذا مدة اعتبارا من اول الشهر الفلانى الاتى تنمقد الاجاره مضافة » .

ونصت المادة ٤٤٠ من مجلة الاحكام العدلية على ان « الاجاره المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها ..... » .

أما وقد بان لنا مما تقدم بمناسبتة الاجراء المضافة - ان عقد  
الاجارة قد أبرم مضافا الى اجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع وان آثار  
هذا للمقد لا تقترب وبالتالي لا يكون نافذا ايا طول اجل معين في المستقبل ،  
اليس في ذلك ما يسمى في القانون اجلا واقفا ؟ للعلمنا - في الاجارة المضافة -  
بصدد أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه فغلا الالتزام كان موجودا  
من قبل ولم يكن نافذا ؟

أما عن الأجل للفاسخ فقد مر بنا ضمن انواع الأجل في القانون ،  
وفي الفقه الاسلامي يمكن تصور فكرة هذا الأجل - دون تسميته - في نطاق  
ما يعرف بالمقد المؤقت باعتباره من العقود التي تقتزن باجلا في هذا الفقه  
الى جانب العقد المضاف .

ويمكن ان نمثل له بالاجارة لمدة معلومة . وجاء في المادة ٥٣٤ من مجلة  
الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل عن هذه الاجارة : تصح  
اجارة للعين المينة الى امد معلوم او لعمل معلوم كاستئجار الدابة شهرا او  
لركوبها الى محل معلوم ، وكذا استئجار شخص لخدمة سنة او لبناء معلوم او  
خياطة ثوب معين .

وكما يبين من النص ، فالمقد المؤقت ، ينعقد ويقع حكمه في الحال .  
اي على معنى انه ينعقد ويكون نافذا بوقوع آثاره في الحال . فهو عقد  
موجود ونافذ ، أما التوقيت فيرد على المدى الذي تقترب منه هذه الآثار .  
فقد تقترب لمدة معلومة او لعمل معين ، وتنتهي بنهاية هذا المدى اي بانتهاء  
المدة او العمل .

وبعبارة اخرى ان العقد الموقوت ينعقد ويقع حكمه في الحال وينتهي  
الحكم بطول اجل معين . وعلى نحو ما ذكره النص للسابق ، تنعقد اجارة  
العين المينة الى امد معلوم او لعمل معلوم ويقع لأحكام وينتهي بانتهاء الامد  
او للعمل كمن يستأجر دابة لمدة شهر او لركوبها الى محل معلوم لذ تنعقد  
الاجارة ويقع حكمها في الحال بتسليم العين وانقضاء المستأجر الا ان الحكم  
ينتهي بانتهاء الشهر او بالوصول الى المحل المعلوم وكل ذلك يفترض بطبيعة  
الحال اداء للمستأجر للأجرة .

ونستخلص مما سبق ان الالتزام في العقد الموقوف أضيف الى اجل  
من شأن تحققه ان ينقضي معه الالتزام . وهذا ما عرفه القانون باسم  
الاجل للفاسخ .

## ١٨٨ - آثار الأجل :

وعن آثار الأجل في الفقه الاسلامي ، فنكتفي فيه بما أوردها بخصوص  
العقد المضاف والمقد المؤقت . فكلاهما يقتزن باجلا لكن الأول ينعقد في

الحال وحكمه لا يقع الا مع حلول الأجل أما للثاني فينقصد ويقع حكمه في الحال الا أن هذا الحكم ينتهي بطول الأجل .

وبعبارة أخرى ، ان الأجل في الأول يؤدي الى نفاذ الالتزام بينما يؤدي في الثاني الى انتهائه .

#### ١٨٩ - سقوط الأجل في الفقه الاسلامي :

ينقضى الأجل في الفقه الاسلامي بسقوطه . ويسقط الأجل بادية ذي بدء بطوله كما قد يسقط بالنزول منه أو بوفاء الدين أو انقلاسه . ونبحث الأسباب الثلاثة الأخيرة :

#### ١٩٠ - ١ - لنزول عن الأجل :

يفترض في سقوط الأجل بالنزول عنه أن يكون للنزول من صاحب الحق وهو من كان الأجل لمصلحته .

وزعم الأحناف إلى القول بأن الأجل لمصلحة الدين . وطيل ذلك ما جاء في المادة ٨٥٩ من مرشد الحيران من أنه اذا كان الدين مؤجلا على الأصل وكفل به أحد تاجل على الكفيل أيضا . وكذلك ما نصت عليه المادة ٨٦٥ في مرشد الحيران من أنه اذا تكفل للكفيل بالدين الحال كماله مؤجلا فالأصل أنه يتأجل على الأصل وللکفيل . ويضاف إلى ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٨٦٤ من مرشد الحيران بخصوص اذا كان المكفول به ديناً مؤجلا فحسمه الكفيل للدائن معجلا فلا يرجع به على الأصل لو كانت الكفالة بأمره الا عند حلول الأجل .

ولعل في هذه الأحكام ما يدل على أن الاجل لمصلحة الدين بصفة عامة دون الدائن لدى الأحناف<sup>(٣١)</sup> وعليه ، فالنزول عن الأجل يكون للمدين دون الدائن<sup>(٣٢)</sup> .

---

(٣٩) راجع أيضا حكم المادة (٦٥٥) من مجلة الاحكام العدلية - وراجع - الانبياء والنفائز لابن نجيم ، مشار إليه من تبيل ، ص ٣٦٦ .

(٤٠) راجع حكم المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران . اذا ملت الاصيل وكان للدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا في حق نفسه ويأخذ الدائن للمكفول من تركته لا من الكفيل .

وهو ما أخذ به أيضا مشروع القانون الخني الجديد و مصر جريا على احكام الفقه الاسلامي - راجع المادة ٢٥٨ - وقد عرضنا لها من قبل .

وفي تأكيد ذلك جاء في المادة ( ٢١١ ) من مرشد الحيران أن « كل دين أصبح تأجيله فاجله صاحبه وقبل ذلك المدين لزم تأجيله وليس للدائن بعد ذلك الرجوع في الأجل ولا مطالبة المدينين قبل حلول أجله » .

ولعل في نص المادة ٢١٢ من مرشد الحيران ما يوضح كل ما تقدم ويؤكد أنه قالت « إذا كان الدين مؤجلاً فالمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجوز الدائن على القبول ، وقريب من الأحكام السابقة ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل في الباب الأول من الكتاب السابع بخصوص الضمان » . فبعد أن ذكرت المادة ١٠٩٧ أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً كما أن الدين المؤجل يصح ضمانه مؤجلاً إلى الأبد من أجله على حد قول المادة ١٠٩٨ جاء بالمادة ١٠٩٩ أن « للزام تججيل المؤجل لا يصح ولا تأجيله إلى أقرب من أجله ، فلو ضمن الدين المؤجل حالا إلى أجل أقرب لم يلزمه أدائه إلا عند حلول أجله فلو عجله دون إذن المضمون عنه لم يرجع عليه إلا عند حلول الأجل » . ومفهوم ذلك - مما جاء في عجز النص على التأجيل - أن ضمان الدين المؤجل لو عجله دون إذن المضمون عنه ( المدين الأصلي ) لا يؤثر في أجل هذا المدين ومن ثم لا يجوز أن يرجع عليه إلا عند حلول هذا الأجل . ولعل السبب في ذلك أن أجل الدين المضمون هو لصالح المدين الأصلي ونزول الضامن عنه بتعجيله دون إلفه لا يؤثر . فإذا عجل الضامن الدين يائن المضمون عنه كان له الرجوع عليه حالا . لأن المضمون عنه يكون قد نزل عن الأجل بموافقة الضامن على التمتعيل ( ولجبع نص المادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر )<sup>(٤١)</sup> .

وعند الشافعية ، إذا « كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فمجل قضاء لم يرجع به قبل الحل لأنه تبرع بالتعجيل »<sup>(٤٢)</sup> . ومما جاء في كتب المالكية متطابقاً بذلك ما أورده ابن جزى في قولين الأحكام الشرعية بخصوص قاعدة « ضح وتعجل » ، « قاعدة ضح وتعجل حرام عند الأربعة ..... وأجازها ابن عباس وزيد ومي أن يكون له عليه دين لم يحل فيمجله قبل حلوله على أن ينقصر منه »<sup>(٤٣)</sup> .

(٤١) والمادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية تلك يجرى نصوصها على النحو التالي :

« إذا عجل الضامن الدين المؤجل فضاء قبل حلول أجله دون إذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه قبل حلول الأجل ، أما لو عجله بإلفه رجع عليه حالا » .

(٤٢) المهذب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ص ٣٤٩ .

(٤٣) قولين الأحكام الشرعية ، لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٧٨ .

أما عند الظاهرية ، فالتمجيل لابد أن يكون بموافقة الدائن . فلو أراد المدين في دين مؤجل أن يجعله قبل الأجل لم يجبر إلا على له الحق على قبول ذلك . بل لابد من رضا الدائن نفسه<sup>(١٤)</sup> .

## ١٩١ - ٢ - وفاة المدين :

على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تظهر نصوص مجلة الأحكام الشرعية وقد تناولت أثر وفاة المدين على الأجل . فقد نصت المادة ١١١٨ على أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت المدين ولا بموت المضمون لكن إذا ماتا جميعا فإنه يحل إلا إذا وثقه الورثة برهن يحوز أو يكمل على بائع الأجلين من الدين والتركه » .

ونصت المادة ١٥٠٦ أيضا على أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت المدين أن وثق الورثة أو غيرهم رب الدين برهن أو كفيل على الأقل من الدين أو التركه والا حل » .

وبين لنا مما تقدم ، أن أجل الدين لا يسقط بوفاة المدين إلا عند عدم وجود الورثة أو عند وجودهم ولقتاعهم عن توثيق الدين . أما إذا كان هناك ورثة وقبضوا توثيق الدين لا يسقط الأجل ويستفيدون منه<sup>(١٥)</sup> .

أما غير الحنابلين للجمهور فالرأي عندهم أن الأجل يحل بوفاة المدين . ومن الجمهور الحنفية . فقد نصت المادة ٢١٤ من مرشد الحيران « للدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين »<sup>(١٦)</sup> .

(١٤) الطي ، لابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت ، للجزء الثامن ، رقم ١٢٠٠ .

(١٥) راجع أيضا : التواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي مشار إليه من قبل ، ص ٣١٧ قاعدة رقم ١٤٤ وقد أخذ بهذا الحل للقانون المدني الكويتي الجديد في المادة ٣٣٣ منه .

(١٦) راجع أيضا ، سليم رستم في شرح الحجة ، سبق الإشارة إليه ص ١٢٤ . إذ يحل أجل الدين في البيع بوفاة المشتري دون البائع ، حتى لو أن الدائن أجل للمدين للتركة بموت المدين فلا يصح للتأجيل وفي الثمن نصت المادة ٤٢٢ من مرشد الحيران على أنه « لا يحل الأجل بموت البائع ويحل بآوته المشتري » . ونصت المادة ٤٨٤ من مرشد الحيران أيضا على ما يأتي : « يحل للثمن المؤجل بموت المشتري ولا يحل للثمن =

نصت المادة ١٥٠٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ما يأتي :

« لا يحل الدين المؤجل بجنون الدين ، لا بتقليسه ، ويتضح من ذلك أنه لا أثر لئاس الدين على أجل دينه . ويشترك الأحناف في ذلك الأحناف<sup>(٤٧)</sup> والظاهرية<sup>(٤٨)</sup> » .

أما المالكية فلم يروى رأي مختلف . ويقولون أن التقليل هو خلق الرجل عن ماله للفرء . فإذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بدينه وقام الفرء عند القاضي فأنه يجري في ذلك على المدين الأحكام التقليل وهي خمسة للثاني منها : أن تحل عليه الديون المؤجلة<sup>(٤٩)</sup> .

### ١٩٣ - للفقود التي يصح اضافتها الى أجل في الفقه الاسلامي :

في الفقود التي يصح اضافتها الى المستقبل ، نصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على أن ما يمكن تملكه في الحال وما كان من الاستقطاعات والالتزامات يصح اضافته الى الزمان المستقبل .

وذلك كالأجارة ونسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والمارية والأذن في التجارة للصبي ونحو ذلك .

= بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرمؤه حلول الأجل لاستيفاء الدين ..... .  
كذلك نصت المادة ٥٦٠ من مرشد الحيران على أن الأجل يبطل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم . ونصت المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران أيضا بخصوص الكفالة على أنه « إذا مات الأصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا في حقه نفسه ..... »  
وعند الشافعية ، يحل الدين بموت الدين : ربح المذهب ، للشيخ الرازي ، مشار إليه من قبل الجزء الأول ، ص ٣٣٤ .

(٤٧) نصت المادة ٨٦٨ من مرشد الحيران على ما يأتي « يسقط الدين عن الميت المتلس إلا إذا كان به كليل حالة حياته أو زمن » .

(٤٨) راجع ، المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، رقم ١٢٨٠ .

(٤٩) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل للفروع للفتحية لابن جزي ، مشار إليه من تبيل ، ص ٣٤٦ .

وعلى خلاف ما تقدم ، فإن هناك من المقود والتصرفات ما لا تصح اضافته للمستقبل الأمر الذي تناولته المادة ٣٢٨ من مرشد البحران حين قالت : « كل ما كان تمليكا في الحال فلا تصح اضافته الى الزمان المستقبل وذلك كالبيع وإجاراته وفسخه ولقسمه والشركة والهبة وعقد الفكاح والصلح عن مال والإبراء عن الدين » .

## ١٩٤ - مقارنة الأجل بين الفقه الاسلامي والقانون :

١ - نخلص من كل ما تقدم الى أن الأجل لا يختلف في مقصوده بين الفقه الاسلامي والقانون . إذ الأجل فيها قوامه اضافة الى المستقبل .

٢ - وبالنسبة لأنواع الأجل : يمكننا القول بأنه لا يوجد اختلافا بشأن الأجل المعين أو المعلوم والأجل الاتفاقي والأجل القضائي وكذا الأجل الواقف والفاسخ كل ما هنالك أن الأجل في الفقه الاسلامي لا يكون الا معينا أو معلوما ويختلف القانون في ذلك إذ يمكن أن يكون الأجل فيه غير معين .

وتجدر الإشارة الى أن الأجل الواقف والفاسخ في القانون معروف في الفقه الاسلامي من حيث الفكرة والماهية لكن دون هذه التسمية . فصورة الأجل الواقف في القانون توجد في نطاق العقد المضاف في الفقه الاسلامي . ذلك ، فإن صورة الأجل الفاسخ قانونا معروفة في نطاق العقد المؤقت في هذا الفقه .

٣ - بالنسبة للأجل ومداه : يسقط الأجل في الفقه الاسلامي - كما من بنيا - أما بطوله أو بالفزول عنه أو بوفاة المدين أو إفلاسه . ولا نرى القانون يختلف مع الفقه الاسلامي بخصوص أسباب الانقضاء أو السقوط هذه الا بخصوص سبب واحد هو موت المدين فلم يسلك اتجاه الفقه الاسلامي سوى القانون الحنفى الكويتي في المادة ٣٣٣ على نحو ما فكرنا ، وقد نصت على حلول الأجل لهذا السبب .



## الفصل الثاني

### الالتزام البدلي والتخيري

١٩٥ - تمهيد وتقسيم :

تقدم أن الالتزام قد تلحقه أوصاف • وإن من هذه الأوصاف ما يرد على وجود الالتزام أو نفاذه وقد عرضنا لها من خلال أحكام الشرط والأجل • على أن من هذه الأوصاف أيضاً ما يرد على محل الالتزام • فإذا كان الأصل أن يكون الالتزام بسيطاً أى على معنى • وهو أحد معنيين لذلك عرضنا لهما من قبل • أن يكون ملته عبارة عن أداء واحد كان يلتزم المدين بالقيام بعمل واحد مثلاً ، إلا أن الالتزام على هذا الوجه قد يلحقه وصفاً ينفى عنه البساطة في معناها المذكور ، حيث يرد للوصف على الحل ويكون متعمداً أى يضم أكثر من أداء •

ولعل موضوع الدراسة في هذا الفصل قد اقتضى الآن • إذ ينحصر في متعدد محل الالتزام مما يؤدي إلى تعديل الأحكام التي يخضع لها ويجعلها تختلف عن تلك التي يخضع لها الالتزام إذا كان ملته أداء واحداً • وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الصدد أنه ليس كل تعدد في محل الالتزام يعده وصفاً بالمعنى المذكور • فيمكن أن يتمدد محل الالتزام ويضم أكثر من أداء لكن قد لا يعتبر هذا التعدد وصفاً يؤدي إلى خضوع هذا الالتزام لقواعد تختلف عن تلك التي يخضع لها الالتزام في صورته البسيطة لكون ملته أداء واحداً • ويحدث ذلك إذا كان يتعين على المدين أن يفي بالأداءات المتعددة لحل التزامه وبعبارة أدق إذا كلفت ذمة المدين لا تبرأ إلا بالوفاء بهذه الأداءات جميعاً كما لو باع شخص عدة أشياء يملكها • فيلا مسكنية وقطعة أرض فضاء وبستان • فيجب عليه أن يسلم كل ما بملكه لأن ذمته لن تبرأ إلا بذلك •

لكن قد يحدث أن يتمدد محل الالتزام وتبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها وتسمى هذه الصورة الالتزام للتخيري •

وثمة صورة أخرى ، يكون محل الالتزام فيها أداء واحد منذ البداية إلا أنه يتمدد عند الوفاء • إذ يكون المدين ملتزماً بأداء واحد أصلاً لكن تبرأ ذمته إذا تحم • عند الوفاء • أداء آخر غير الأداء الأول • وسمى هذه الصورة بالالتزام البدلي •

ونعرض للالتزام للتخيري والبدلي في بحثين على التوالي • ونعرض في بحث ثالث لخير للتعين في الفقه الإسلامي ويقابل الالتزام للتخيري •

## المبحث الأول

### الالتزام التخييري

#### ١٩٦ - تعريفه وتمييزه عما قد يختلف به :

يمكن تعريف الالتزام للتخييري بأنه الالتزام يتمثل محله في أكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين به بأداء واحد منها . وعلى ذلك يكون الالتزام تخييرياً وفقاً لنص المادة ١/٣٣٦ مـ (٢٧٥ مـ) (مصري) إذا كان هناك تعدد في محل هذا الالتزام على نحو يحقق مكنة الاختيار بين ما تعدد إليه المحل<sup>(١)</sup> .

كما لو باع شخص فيلا سكنية ضمن ثلاثة يملكها أو باع سيارة ضمن ثلاثة يملكها أيضاً . حيث تبرأ ذمته عن التزامه بالتسليم إذا أدى في أي للحالتين أداء واحداً منها .

وانطلاقاً من التعريف المقدم ، يلزم ألا يتداخل في منطقة الالتزام التخييري نظم قانونية أخرى تشته به وأخصها الشرط الجزائي<sup>(٢)</sup> . فالشرط الجزائي على نحو ما ذكرنا من قبل عبارته عن تقدير اتفاقي للتعويض عن إخلال المدين بالتزامه ولا يقوم - وهذا هو المهم - محلاً ثانياً إلى جانب المحل الأصلي للالتزام هذا المدين . إذ يمتنع على الأخير أن يختار التعويض بموجب الشرط الجزائي بدلاً عن التنفيذ العيني للالتزام ما دام ممكناً وطالب الدائن به .

#### ١٩٧ - شروط الالتزام التخييري وإن ثبت حق الخيار :

يجب أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة لمحل الالتزام التخييري ما أوجب القانون تولفه في محل الالتزام بصفة عامة وعلى وجه الخصوص الإمكان والمشروعية . وعلى ذلك ، فإذا لم يصح الالتزام بأكثر من أداء واحد بسبب عدم توفر هذه الشروط فيها عداه لعدم المشروعية أو الاستحالة على سبيل المثال كان الالتزام مجرداً من وصف التخيير وليس له إلا محل واحد وهو ذلك الذي صح الالتزام به .

(١) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار إليها من قبل ، ص ١٨٥ .

(٢) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، المرفوع السابق .

أما عن تحديد من له حق الخيار فإنه ، ومحل الالتزام للتخييري يضم أكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين تماما بأداء واحد منها ، فإن تحديد من له حق اختيار الأداء قد يتم باتفاق الدائن والمدين . وقد يتفقان على أن الخيار لأحدهما أو لشخص ثالث وقد يتحدد من له الخيار بنص قانوني . أما إذا لم يتحدد لا بالاتفاق ولا بالنص كان الخيار مطلقا على هذا النحو ويثبت للمدين ( م ٣٣٦ مدني كويتي ) ويلزم تحديد المدة التي يكون فيها الخيار فإذا أطلق الخيار دون هذه ححدث له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أي من الطرفين ( م ١/٣٣٧ ) .

ويلاحظ أنه إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعمد المدينون ومن يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعمد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار إلى المدين ( م ١/٣٣٧ مدني كويتي - م ٢٧٦ مدني مصري ) والنص يتصدى - كما هو واضح - لفرض امتنع فيه من ثبت له حق الخيار عن استعماله أو يتصدى فيه من لهم الخيار دون أن يتفقوا . بالحكم الذي أورده النص المشار إليه في هذا الشأن يختلف حسبما كان اختيار للمدين ، م للدائن .

#### ١٩٨ - استعمال حق الخيار :

لم يحدد القانون طريقة معينة يجب اتباعها في استعمال حق الخيار . وعلى أية حال ، فإن الخيار يمكن أن يتم إذا عرض المدين - والفرض أن له الخيار - الوفاء بأحد الأداء المتعددة . كما يمكن أن يتم أيضا إذا طالب الدائن - وله الخيار - المدين بالوفاء بأحد هذه الأداء المتعددة كل ما هنالك أنه يتعين على من له الخيار على النحو سالف الذكر أن يقوم باخطار الطرف الآخر بما استقر عليه . وعندئذ يمتنع على من استعمل حق الخيار أن يمدد فيه إلا برضا الآخر . وبحصول الخيار أي باستعماله فإن الأثر الجوهري لذلك صيرورة الالتزام بسيطا .

والراجع في الفقه أن يترتب ذلك دون أثر رجعي (٢) . ويتصل باستعمال حق الخيار ، حكم نصت عليه المادة ٣٣٨ مدني كويتي بخصوص هلاك شيء مما هو موضوع الخيار . ويمكننا أن نفرق بشأن الحكم بين فرضين :

(٢) وقد استحدث مشروع القانون المدني الجديد في مصر حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٦١ ويقضى بأنه « إذا تم الاختيار استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الرجعي لاستعمال الخيار » .

الأول - إذا كان الهلاك بسبب اجنبى ، نكون امام احتمال من ثلاثة :

( أ ) ان يتمثل موضع الخيار فى شيئين يهلك احدهما • فينحصر محل الالتزام فى الشئ المتبقى ولا يكون امام المدين الا ان يختاره •

(ب) ان يشمل الخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها • ويكون للمدين ان يعين محل الالتزام فى شئ من للخيارات الباقية •

( ج ) ان تهلك كل الخيارات • ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ •

الفرض الثانى : ان يكون الهلاك خطأ المدين •  
نكون امام احتمال من ثلاثة أيضا :

( أ ) ان يشمل للخيار شيئين يهلك احدهما • حيث يتركز فى الشئ الثانى •

(ب) ان يشمل للخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها ويبقى للمدين خياره فيما تبقى •

( ج ) ان تهلك كل الخيارات • حيث ينحصر للزام المدين فى آخر ما هلك منها ويلتزم بدفع قيمته<sup>(٤)</sup> •

وتجدر الاشارة اخيرا الى ان حق المدين فى الخيار ينتقل الى الورثة بوفاته قبل استعماله ( م • ٣٣٩ مدنى كويتى ) •

## ١٩٩ - الالتزام التخيري فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المساهلات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٦١ من المشروع على الالتزام للتخيري وعرفته كما يلى :

١ - يكون الالتزام تخيريا اذا شمل محله اشياء متعددة تجبرا فمة المدين براءة تامة اذا ادى واحدا منها • ويكون خيار للتعيين للمدين ما لم ينص القانون او يتفق المتعاقدان على غير ذلك •

---

(٤) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٧ من القانون المحلى المصرى •

٢ - ولذا تم الاختيار استغناءً عن الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، •

والنص يطابق في فقرته الأولى نص المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري الحالي ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » ويستعملها الفقه الإسلامي بلفظ « الخيار » ، كما أن هذه الفقرة من نص المشروع سالف الذكر تطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدني الكويتي •

ويلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة المقترحة من المشروع إنما هو نص مستحدث لا نظير له في القانون المدني المصري الحالي أو القانون المدني الكويتي • مع أنه جاء بالمشروع أن نص الفقرة المقترحة يطابق حكم المادة ٣٢٨ من مشروع القانون المدني الكويتي ، الأمر الذي نرجح معه عدول المشروع المدني في الكويت عنها • ولذا فقد أورد نصوصه النهائية خطأ منها •

ثانياً : وفي استعمال حق الخيار نصت المادة ٢٦٢ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع ، أو تمسك المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام •

٢ - أما إذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تمسك الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي أجلاً أن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين •

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٦ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ، إيثارة للتعبير الذي يستعمله الفقه الإسلامي • وذلك على غرار ما تم بالنسبة لنص المادة ٢٦١ سالف الذكر •

والنص المقترح وإن كان يقابل المادة ٣٣٧ من القانون المدني الكويتي بصفة عامة ، إلا أنه يطابق الفقرة الثانية منه بصفة خاصة •

وفي انتقال خيار التعيين للورثة ، نصت المادة ٢٦٣ من المشروع على أنه « ينتقل خيار التعيين إلى الورث » •

وهذا النص مستحدث ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي .  
ولكنه يطابق نص المادة ٣٣٩ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لها  
من قبل .

ثالثا : اما عن حكم هلاك شيء مما هو موضع الخيار ويتصل باستعمال  
هذا الخيار كما أوضحنا نصت المادة ٢٦٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل  
عليها محيل الالتزام ، فتركز لختيار المدين في الأشياء الباقية . واذا هلك  
الأشياء جميعها بسبب اجنبى انقضى الالتزام .

٢ - اذا هلكت الأشياء جميعا ، وكان المدين مسؤولا عن هذا الهلاك  
ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شيء  
ملك .

والمادة المقترحة مستحدثه في فقرتها الأولى .

لكنها تطابق بفقرتها الثانية المادة ١٧٧ من القانون المدني المصري  
الحالي ، وقد اشرنا اليها فيما سبق .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق في الحكم نص المادة ٣٢٨ من  
القانون المدني الكويتي وقد مررنا دراستها من قبل .

## المبحث الثاني

### الالتزام البذلي

٢٠٠ - تعريف :

يكون الالتزام بذلياً ، وفقاً لما تقتضيه المادة ٢٤٠ مدني كويتي ( م٠ ٢/٢٧٨ مدني مصري ) اذ انحصر مطه في امر واحد يعين ابتداء مع تخويل المدين للحق في الوفاء بمحل بذيل عنه . كما لو اتفق المقرض مع المقترض على انه يجوز عند حلول الأجل بدلا من الوفاء بمبلغ القرض تقسيم عروض معينة أخرى تبرأ ذمته بها(١) .

٢٠١ - احكام الالتزام البذلي :

بادى - ذى بدء - يتعين عدم الخلط بين الالتزام البذلي والالتزام التخييري .  
فالثاني يضم في محله عدة اداءات تبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها بخلاف الأول وفي ضوء ذلك يمكننا ان نذكر احكام الالتزام البذلي من خلال تمييزه عن التخييري ترتيباً على ما تقسم .

١ - ينحصر المحل في الالتزام البذلي في اداء واحد ويتعين بداية ومن ثم تتحدد طبيعة هذا الالتزام على أساسه ، عقارياً كان أو منقولاً بغض النظر عن طبيعة البذيل . ويختلف بذلك عن التخييري الذي لا تتحدد طبيعته - والفرض اختلافها بين الخيارات - الا عند استعمال الحق في الخيار .

٢ - تتحدد قيمة الالتزام بقيمة التكاليف الأصلية لا بقيمة البذيل في الالتزام البذلي بخلاف للتخييري الذي لا تتحدد قيمته - والفرض اختلافها بين الخيارات - الا عند استعمال الحق في الخيار .

٣ - اذا ملك الالتزام الأصلي الذي بدأ على وجه الافراد اتقضى الالتزام البذيل ولو كان الوفاء بالبذيل ممكناً . بخلاف التخييري حيث ان هلاك احد الخيارات يؤدي الى حصر الخيار في الباقي على نحو ما بينا من قبل .

٢٠٢ - وقد تناول مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات اسلامية في مصر الالتزام البذلي بالنص عليه في المادة ٢٦٥ اذ قالت :

(١) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ٨٦ .

١ - يكون الالتزام بجلبها إذا لم يشمل مخطه الا شيئا واحدا ، ولكن  
تبرأ ذمة المعين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والأصل ، لا البديل ، فهو وحده محل الالتزام ، وهو الذى  
يحدد طبيعته ، .

وهذا للنص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٨ من القانون  
المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٣٤٠ من القانون المدنى  
الكويتى . وقد اشرنا الى للنصين من قبل .



# المبحث الثالث

## خيار التعيين

### في

## الفقه الاسلامي

٢٠٣ - تعريف :

خيار التعيين ، عبارة عن خيار يشترطه أحد المتعاقدين - المشتري غالبا - ويكون له بمقتضاه حق تعيين أحد شيئين أو ثلاثة مبيعا بمعد التامل والتدري<sup>(١)</sup> .

كما لو قال شخص لآخر بعثك إحدى هذه السيارات الثلاث بالثمن المحدد لها وهو كذا . ويثبت الخيار للمشتري ويمكن أن يكون للبائع . ويتقابل خيار التعيين في الفقه الاسلامي على هذا الوجه ، الالتزام التخييري في القانون وقد جوز الحنفية خيار التعيين خلافا للجمهور<sup>(٢)</sup> الذي منعه ومنهم زفر من الحنفية .

وجاء في المادة ٤٠٩ من مرشد الحيران « يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قيمييين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعين ثمن كل منها على ححته ويجعل الخيار في تعيينه للمشتري بأن يأخذ أيا شاء بثمنه أو للبائع بأن يعطى أيا أراد بثمنه للمشتري ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر »<sup>(٣)</sup> .

(١) راجع للسنهوري ، المرجع السابق ج ٤ ، ص ٢١٠ .

محمد مصطفى شبلي ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ .

(٢) وقد منح للجمهور هذا الخيار ومنهم الحنابلة : لان للمد بهذا الخيار يتضمن جهالة والجهالة غرر . وفي هذا تنص المادة ٢٦٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام احمد بن حنبل على ما يأتي « يشترط ان يكون المبيع معلوما ..... فلا يصح بيع مجهول » .

(٣) راجع المادة ٢١٦ من مجلة الاحكام الحولية : « لو بين البائع لثمان شيئين أو ثلاثة أشياء من التقييمات كل على حدة على أن يأخذ المشتري أيا شاء بالثمن الذي بينه له أو على أن يعطى البائع أيا كذلك صح البيع . وهذا يقال له خيار للتعيين » .

في ضوء النص السابق من مرشد الحيران على مذهب الامام ابي حنيفة  
يمكننا ان نستخلص عدة شروط ينبغي توافرها لثبوت خيار التعيين :

- ١ - ان يشمل الخيار شيئين او ثلاثة ، ولا يصح ان يتجاوز ذلك .
- ٢ - ان يكون هناك تفاوت بين ما شطه الخيار بين هذه الأشياء<sup>٤</sup> .  
والتفاوت يكون باختلاف الحبس في المثليات والقيميات . كما اذا باعه اردبا  
من ارادب ثلاثة أحدها من اللصع وثانيها من الفزة وثالثها من الارز .
- ٣ - ان تكون الأشياء معينة محددة الثمن .
- ٤ - ان يتم الخيار في مدة مطلومة هي ثلاثة ايام او اقل لا أكثر<sup>(١)</sup> .

#### ٢٠٤ - حكم خيار التعيين :

عن اثر خيار التعيين في العقد يختلف النظر . فمن قال ان خيار التعيين  
ينطوى على خيار الشرط ذهب الى ان العقد غير لازم بخيار التعيين على غرار  
خيار الشرط . ومن ذهب الى ان خيار التعيين لا يتضمن خيار شرط قال ان اثر  
خيار التعيين في العقد ينحصر في اختيار محله والعقد لازم معه<sup>(٢)</sup> .

ويسقط خيار التعيين بتعيين محل للعقد . ونعني محل العقد اما ان  
يكون باختيار أحد الشيئين صراحة او ضمنا واما ان يكون لأسباب أخرى ،  
هي الهلاك والتعيب بعد قبض المشتري .

وقد نصت المادة ٤٢٢ من مرشد الحيران على الهلاك اذ قالت ( اذا  
كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه ويكون  
الآخر في يده أمانة<sup>٥</sup> ) .

ومعنى ذلك ان هلاك أحد الشيئين في يد المشتري بعد القبض يسقط  
خيار التعيين . لان المحل ينحصر - حسبما تبين من النص - فيما هلك . على  
ان يكون الباقي في يد المشتري أمانة<sup>٦</sup> .

---

(٨) ونصت المادة ٣١٧ من مجلة الاحكام لاحلها على انه : يلزم في خيار التعيين  
تعيين المدة ايضا ، ونصت المادة ٣١٨ على ان : من له خيار لتعيين يلزمه ان يعين بما يأخذه  
في انقضاء المدة المعينة .

(١٠) راجع ، محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ .

وعن التعيب ، جاء في عجز النص السابق « وإن تعيبا متعاقبا تعين أخذ ما تعيب أولا ، وعليه فإذا تعيب أحد الشئتين في يد المشتري بعد القبض ثم اعتقب ذلك تعيب الشئ الآخر ، سقط الخيار لأن محل العقد يتحدد بما تعيب أولا » .

وجاء في النص بقاء الخيار أن تعيبا معا « ومفهوم ذلك أن تعيب أحدهما دون الآخر ليس من شأنه أن يسقط الخيار » .

ويقتل خيار التعين إلى الورثة إذا مات من له الخيار قبل التعين .  
فإذا توفي البائع وله الخيار وقبل أن يتم انتقال لوارثه الذي يجبر على تعيين الشئ الذي يريد إعطائه . وإن توفي المشتري وكان له الخيار وقبل أن يتم انتقال لوارثه الذي يجبر على تعيين الشئ الذي يريد أخذه وبطلان بينهما .

وتطبيقا لذلك فلو حضر البائع ثلاثة أثواب أعلى وأوسط وأدنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمنًا على حدة وباع أحدها لا على التعين على أن المشتري في مدة ثلاثة أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذي عيّن له انعقد البيع ولزم المشتري . فلو مات قبل التعين يجبر الوارث على تعيين أحدها ونفسه (١١) .

---

(١١) راجع نص المادة ٣١٩ من مجلة الأحكام العدلية .

وقد لغت المادة ٣٣٩ منى كويتى بحكم انتقال خيار التعين إلى الورثة .

## الفصل الثالث

### التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٠٥ - تمهيد وتقسيم :

رأينا أن الأصل في الالتزام أن يكون بسيطا • والبساطة في معنى أول لها ترتبط بالمحل ويقصد بها أن يتمثل محل الالتزام في أداء واحد • إضافة إلى ذلك نقصد بالبساطة أيضا في معنى ثان لها يرتبط بالأطراف أن الالتزام رابطة أو علاقة قانونية بين دائن واحد ومدين واحد •

ألا أنه يلحق الالتزام وصف يغير من بساطته بمعناها الأول والثاني • ففي نطاق المعنى الأول عرضنا لتمدد محل الالتزام باعتباره وصفا يلحقه وذلك في نطاق الالتزام للتخيري والالتزام الجبلي • وعرضنا بمناسبة ذلك لخيار التعمين في الفقه الإسلامي وبقي أن نعرض في نطاق المعنى الثاني وصفا يلحق الالتزام في أطرافه بتمعددهما في جانبها الإيجابي أو السلبي ونقصده بطبيعة الحال تعدد الدائنين أو تعدد المدينين •

ويلاحظ أن هذا التعدد بجانبه لا يمد على إطلاقه وفي كل الحالات وصفا في الالتزام يغير بساطته • وتفسر ذلك أن الأصل في حالة تعدد الدائنين أو المدينين هو انقسام الدين فلا يطالب أي دائن إلا بحصته ولا يلتزم كل مدين إلا بجزء يعادل حصته •

وخلافا لهذا الأصل ، قد يتفق أطراف العقد عند إبرامه وقد ينص القانون على استبعاد انقسام الالتزام وأشار في حالة التمتع بجانبه ، ومؤدى ذلك تصور مطالبة الدائن ضمن دائنين متعددين بكل الدين والالتزام المدين ضمن عدة بكل الدين ويمكن هذا للتصور يتوفر في حالتين هما :

• التضامن

• وعدم القابلية للانقسام

وفيهما تنحصر دراستنا لتمدد الأطراف باعتباره وصفا يلحق الالتزام ويغير ما فيه من بساطته وفي ضوء ما تقدم نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : في للتضامن

المبحث الثاني : في عدم القابلية للانقسام

## المبحث الأول

في

### التضامن

#### LA SOLIDARITÉ

٢٠٦ - تمهيد وتقسيم :

التضامن عبارة عن وصف يلحق الالتزام في أطرافه فيمتنع معه انقسامه<sup>(١٢)</sup> .

ويتخذ التضامن على هذا المعنى صورة من اثنتين له<sup>(١٣)</sup> .

الأولى : ويكون التضامن فيها إيجابيا ، وينشأ بين الدائنين . بحيث يكون لكل دائن منهم المطالبة بكل الدين وليس حصته فقط .

الثانية : وفيها التضامن سلبيا ، وينشأ بين المدينين بحيث يلتزم أي مدين منهم بكل الدين .

ونبحث التضامن بصورتيه في القانون لنعرض بعد ذلك التضامن في الفقه الإسلامي . وفي ضوء ذلك نقسم دراستنا في هذا البحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : للتضامن الإيجابي .

المطلب الثاني : للتضامن السلبي .

المطلب الثالث : التضامن في الفقه الإسلامي .

---

(١٢) في هذا المعنى ، محمد لطبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٤١ ، ص ٣٣٦ .

CARBONNIER op. cit., n. 134 p. 522.

(١٣) راجع

Solidarite Passive,

Solidarite Active

MARTY ET RAYNAUG : op. cit., n. 777, p. 781.

## المطلب الأول

### التضامن الإيجابي

#### LA SOLIDARTE ACTIVE

٢٠٧ - ندوته في العمل ومصادره :

قلنا أن التضامن الإيجابي يقوم بين عدة دائنتين بحيث يكون لأي منهن أن يطالب بكل الدين ومن ثم لا تكون المطالبة مقصورة على حصته فقط .

والتضامن الإيجابي بخلاف السلبي نادر الحدوث عملاً . زعلة ذلك<sup>(١٤)</sup> ترجع إلى ما قد ينطوى عليه من خطورة من ناحية ونظراً لوجود الوسائل البديلة التي تحقق نفس الغرض المرجو منه من ناحية أخرى . وعن الخطورة فإنها تتمثل في احتمال إفسار الدائن الذي استوفى الدين كله مما يعرض الباقي لضياح حقوقهم . وعن البديل ، فإنه إذا كان قولم التضامن الإيجابي استيفاء دائن واحد حقوق كل الباقي ويجنبهم بذلك الاشتراك في المطالبة ، فإن يمكن الوصول إلى نفس النتيجة بوسيلة أخرى مؤداهما : توكيل الدائنين لأحدهم في الاستيفاء :

وينحصر مصدر هذا التضامن في الاتفاق . إذ يضمن على الدائنين أن يتفقوا على أن يكون لكل منهم أن يطالب بكل الدين ويستوفيه . وعلى ذلك ، فإن هذا النوع من التضامن لا يفترض وجوده ولا ينشأ أيضاً بنص في القانون فلا يوجد مثال على ذلك<sup>(١٥)</sup> .

ولما كان هذا النوع من التضامن لا ينشأ إلا بالاتفاق ، فإنه يتقرر به أما مصلحة الدائنين أو لمصلحة الدين . ويكون لمصلحة الأولين لأنه يجنبهم - عدا الدائن الذي يتقدم للاستيفاء - المشاركة في المطالبة بالدين واستيفائه وفي نفس الوقت يتيح للمدين - وأمام دائن واحد دون الباقي - فرصة الوفاء ومن ثم براءة الذمه عن كل الدين وفي مواجهة سائر الدائنين وذلك يجسد مصلحة الدين .

MARTY ET RAPNAUD : op. cit.,

(١٤) راجع

(١٥) راجع في اللغة العربي : محمد لبيب شبيب ، أجمع الصابق ، رقم ٢٥٥ ، ص ٢٥٢

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 778, p. 782. وفي اللغة الفرنسية :

راجع المادة ٢٤٢ منى كويتى ، ٢٧٦ منى مصرى بخصوص عدم افتراض التضامن .

## ٢٠٨ - أثر التضامن الإيجابي :

ينتج عن التضامن الإيجابي عدة آثار تتركز في العلاقة بين الدائنين والمدين أولاً وفي العلاقة بين الدائنين أنفسهم ثانياً .

## ٢٠٩ - أولاً : آثاره في العلاقة بين الدائنين والمدين :

هناك ثلاثة مبادئ تحكم التضامن الإيجابي بآثاره في العلاقة بين الدائنين والمدين :

- ١ - وحدة المحل .
- ٢ - تعدد الروابط .
- ٣ - التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

## l'unité d'objet

## ٢١٠ - ١ - مبدأ وحدة المحل .

وفجواء أن محل الالتزام واحد لا يتجزأ بالنسبة لجميع الدائنين ويترتب على ذلك ما يأتي :

( أ ) يجوز لأي دائن أن يطالب المدين بكل الدين ( م ١/٣٤٢ معنى كويتي )<sup>(١٦)</sup> .

( ب ) يكون للمدين أن يوفي الدين بتهامه إن اختاره من دائنيه المتضامنين وليس لهذا الدائن أن يرفض استيفاء ما يزيد على نصيبه وبخمس التقدير ليس في مكانة المدين أن يفرض على أحد دائنيه المتضامنين وفاء بقدر نصيبه في الدين إذ يعد ذلك وفاء جزئياً من حق الدائن أن يرفضه لأنه يتعارض مع جوهر التضامن .

( ج ) يحق لكل من الدائنين المتضامنين أن يعترض على وفاء المدين بكل الدين لأحدهم ( م ١/٣٤٣ معنى كويتي ) . لعله يتمكن بذلك من تجنب اعسار من استوفى كل الدين . فإذا حدث الاعتراض تمين على المدين أن يؤدي للمعترض قدر نصيبه في الدين .

---

(١٦) مادة ٢٨١ معنى مصري .

(د) إذا توفي أحد الدائنين المتضامنين ، فإن التضامن الإيجابي لا يمنع انقسام الدين بين ورثته في علاقتهم بالدين . فلا يستطيع الدين أن يؤدي إلا لكل وارث على حدة ويقتصر حصته في الميراث ( كل ذلك إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام ) ( م ٢/٣٤٣ منى كويتي - ٢/٢٨٠ منى مصرى ) .

Pluralité de liens...

٢١١ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط

ويعنى الجدا ببساطه استقلال رابطة كل دائن بالدين عن رابطة غيره من الدائنين به .

ويرتب الجدا بهذا المعنى عدة نتائج :

( أ ) يتعين على كل دائن أن يأخذ في الاعتبار ما قد يلحق رابطته بالدين - وهي مستقلة - من أوصاف كما لو كان الدين بالنسبة له معقدا على شرط لو مضافا الى أجل .

(ب) لا يجوز للمدين إذا طالبه دائن من الدائنين المتضامنين أن يحتج ضده بدفعه تخصص دائنا آخر . كما لو كان الدين قابلا للإبطال بسبب عيب لحق رضا هذا الآخر . كل ما هنالك أن الدين يستطيع أن يتمسك ضد هذا الدائن بالدفع التي تخصه وكذا بالدفع المشتركة بين كل الدائنين مثل الدفع بعدم الشروع ( م ٢/٣٤٢ منى كويتي - م ٢/٢٨١ منى مصرى ) .

(ج) إذا برئت ذمة الدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة الدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المبنى الكويتى ( م ١/٢٨٢ منى مصرى ) ولعل تبريد هذا الحكم - تفريعا عن الأثر المماثل لممكن دون عناء لأن أسباب انقضاء الدين بغير الوفاء هي أسباب خاصة بمن ينقضى التزامه بسبب منها فلا يضار بها بقية الدائنين وتظل ذمة الدين مشعولة بباقى الدين بالنسبة لهم (١٧) .

الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة الدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المبنى الكويتى ( م ١/٢٨٢ منى مصرى ) ولعل تبرير هذا

(١٧) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المبنى الكويتى ، ص ١٨٧ .



## ٢١٢ - ٣ - مبدأ التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

تضمنت المادة ٢/٣٤٤ من القانون المدني الكويتي مبدأ للتبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر لرفقالت ، ولذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم ، ( م ٢/٢٨٢ مدني مصري ) .

وكما يبين من النص ، فإن جوهر هذا المبدأ يتعمل في تحقيق مصلحة الدائنين المتضامنين بالأا ينفذ في حقهم أى عمل يقع من أحدهم يكون من شأنه الإضرار بهم .

De l'idée de representation on tire encore d'autres conséquences en disant que les actes accomplis par un créancier profitent a tous mais ne sauraient nuire aux autres .....

وتطبيقاً لهذا المبدأ إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين سريان التقادم بالمطالبة القضائية مثلاً ، أو أعذر الدين ، استفاد من ذلك بقية هؤلاء الدائنين ، وعلى العكس من ذلك فإنه إذا قام أحد الدائنين وإبراء الدين من الدين ، فإن إبراء مثل هذا لا يحدث أثره إلا بالنسبة للدائن المبرئ فقط ويقدر حصته دون أن يضار الباقي . ونفس الأمر إذا صدر حكم لصالح الدين ضد أحدهم ، كان مقصوراً بإثارة على المحكوم ضده فقط دون سائر الدائنين . والعكس صحيح إذا صدر للحكم ضد الدين لصالح أحدهم .

## ٢١٣ - ثانياً : آثاره في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

لقد أرسيت المادة ١/٣٤٥ من القانون المدني الكويتي ( م ٢٨٣ مدني مصري ) المبدأ الذي يحدد آثار التضامن في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم حين قالت : كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويقسمونه بالتساوي إلا إذا وجد لتفائق أو نص يقضي بغير ذلك ، .

وفي ضوء هذا النص يمكننا القول بأنه وآثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين المتضامنين بالتساوي يحكمها ثلاثة مبادئ منها : وحدة الدين ، فإن مبدأ واحداً يحكم آثار هذا التضامن في علاقة هؤلاء الدائنين ببعضهم

وهو مبدأ تقسيم الدين بينهم • وبعبارة أخرى ، إذا كان الدين يعد وحدة لا تقبل التجزئة في علاقة الدائنين المتضامنين بالدين ، فإنه ينقسم في علاقة هؤلاء فيما بينهم<sup>(١٨)</sup> •

ومفاد انقسام الدين على هذا الوجه ، أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يكون من حق سائر الدائنين أيضا ويقتسمونه جميعا وفقا لحصصهم في الاتفاق المنشئ للتضامن والا كانت القسمة بالتساوي<sup>(١٩)</sup> • كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي باستثناء الدائن المستوفى بكل الحق • كما لو كان سائر الدائنين مجرد وكلاء عن هذا الدائن في القبض •

---

(١٨) راجع MARTY ET RAYNAUD : op. CA n. 778, — 783.

(١٩) في هذا الشأن : أنور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٦ ، من ٢٢٨ •

(٢٠) محمد لمييب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٢٥٣ •

**المطلب الثاني**  
**التضامن السلبي**  
**LA SOLIDARITE PASSIVE**

٢١٤ - تقسيم :

نتناول أولا تعريف التضامن في هذه الصورة له مع بيان أهميته ومصادره ثم نعرض لآثاره ثانيا كل ذلك في فرعين مستقلين .

**الفرع الأول**

**تعريف التضامن السلبي وأهميته ومصادره**

٢١٥ - تعريف :

ينبغي التضامن السلبي على تحدد المدينين بدين واحد في مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو بغيره ( م ١/٢٤٦ مدني كويتي - م ١/٢٨٥ مدني مصري )<sup>(٢١)</sup> وينبغي أن نفرق بين الالتزام التضامني Obligation in Solidum من ناحية والالتزام التضامني Obligation Solidaire من ناحية أخرى . ففي الالتزام التضامني نجد الدين واحدا وقد نشأ عن مصدر واحد بالرغم من عدد المدينين . أما في الالتزام التضامني ويسمى أحيانا بالمسؤولية المجتمعة فيتعدد المدينون ويتعدد مصدر الدين أو يختلف ولو كان هذا الدين واحدا<sup>(٢٢)</sup> ومثال التضامن كما لو ألزم شخصان بتعويض ثالث عن ضرر أصابه ، بحيث يكون مصدر للقرام أحدهما المسؤولية المعقبة أما الثاني فيكون مصدر للقرام المسؤولية التقصيرية ويحدث ذلك إذا قام شخص بتعريض عامل على ترك العمل في منشأة ارتبط الأخير مع صاحبها بموجب عقد عمل . فيكون العامل مسؤولا عن إخلاله بمقتضى العمل ويلتزم بتعويض صاحب العمل على أساس المسؤولية المعقبة . ويكون المحرض مسؤولا أيضا عن تعويض صاحب العمل عما أصابه من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(٢٣)</sup> .

(٢١) راجع في تعريف التضامن السلبي ونفا للمادة ١٢٩٠ من القانون المدني

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 780 :

الفرنسي .

CARBONNIER op. cit., n. 134 bis, p. 525-528 (٢٢) راجع في هذه التفرقة

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797-800, p. 800-805

MAZEAUD : op. cit., n. 1070-1072, p. 1000-1005

(٢٣) راجع هذا المثال وأمثلة أخرى .

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 798 ( p. 8028.

يضاف إلى ما تقدم ، في التفرقة بين التضامن والتضامن ، أن الأول قد يكون بين الدائنين أو بين الدينين أما الثاني فلا يكون إلا بين معينين .  
كذلك فالتضامن باعتباره وضعاً يلحق الالتزام يقرر إما باتفاق أو نص في القانون بخلاف التضامن وتفرضه طبيعة الأشياء<sup>(١٦)</sup> . يضاف إلى ذلك أيضاً في التفرقة بين التضامن والتضامن أن مبدأ اللبائية للتبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بحكم علاقة المدين المتضامنين بخلاف الدينين بالالتزام التضامني .  
هذا بخلاف فروق أخرى بينهما في الآثار نعرض لها عند تناول آثار التضامن السليمي .

## ٢١٦ - أهمية التضامن السليمي ومصادره :

والتضامن السليمي يعني - كما ذكرنا - على تعدد المدينين على الرغم من وحدة الدين بحيث يستطيع الدائن أن يطالبهم بالدين مجتمعين أو منفردين ، يمكننا أن نقف دون عناء على مبحث أهمية هذا النوع من التضامن . ففي مطالبة الدائن للمدينين جميعاً بكل الدين ضمان حقيقي يؤمنه خطر اعسار أحدهم هذا من جهة وفي مطالبة الدائن أحد المدينين بكل الدين واستيفائه منه ما يجنب هذا الدائن مشقة إجراءات التقاضي وعناء نفقاتها<sup>(١٧)</sup> . وانطلاقاً من الأهمية تلك ، نجده كثير الوقوع في الحياة العملية على خلاف التضامن الإيجابي .

وعن مصادر التضامن السليمي ، نبرز بداية ما نصت عليه المادة ٣٤٢ مني كويتي ( م ٢٧٩ مدني مصري ) بخصوص التضامن بصفة عامة إذ قالت :  
« التضامن بين الدائنين أو بين الدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون وذلك مع مراعاة قواعد التجارة » .

وللوهلة الأولى ، يتضح من النص أن التضامن بصفة عامة ، إيجابي .  
- كما نوهنا من قبل - أو سليمي لا يفترض في وجوده . وعلّة ذلك بالنسبة

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797, p. 801 (٢٤)

راجع أيضاً في هذه التفرقة ونتائجها : السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، مشار إليه من قبل ، رقم ١٧٦ ، ص ٢٨٥ ، وما يحكما .

" En effet, la Solidarite' constitue une veritable surete (٢٥) debiteurs sera supportee par less codebiteurs. Sol Soirables pour le Creancier. Car grace a elle, l'insolvabilite de l'un dis et Ron \_ar le creancier " .

V. MAZEAMD : op. cit., n. 1056, p. 929.

V. aussi: MARTY ET RAYNAUD : op. cit., p. 783, n. 780.

للتضامن السلبى بصفة خاصة ، ترجع في نظرنا - كما أوضحنا عند بيان أهميته - إلى أن هذا التضامن يخول للدائن ضمانا يجنبه مغبة إفسار أحد الدينين التضامنين وذلك بمطالبة غيره المورس منهم ونتيجة ذلك انتقال عبء إفسار أحدهم عن عاتق الدائن إلى عاتق المورس منهم . وليس من شك في أنه لم يكن هناك يد أمام المشرع والحالة هذه من أن يقرر عدم افتراض التضامن السلبى وجوب نشوئه أما بالاتفاق أو بنص القانون . فتحمّل الدينين التضامنين - والفرض يسارهم - عبء إفسار أحدهم هو أمر يقتضى أما موافقتهم عليه ولما ألزاهم به بنص قانونى . لذا نرى المشرع وقد حصّر مصادر ذلك النوع من التضامن في الاتفاق ونص القانون .

وبهنا هنا أن نبرز ملاحظة نعتقد في أهميتها . ذلك أن حظر المشرع الدنى الكويى لافتراض التضامن إنما يقتصر فقط على الالتزامات الدنية دون التجارية . ويكون بذلك قد حصم خلافا في الفقه احتجم ردحا طويلا من الزمن حول الموضوع (٣٦) .

وينشأ للتضامن السلبى على ما تقدم ، عن اتفاق صريح أو ضمنى كما يمكن أن يتقرر بنص قانونى مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٨ من القانون الدنى الكويى من أنه « إذا تصد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم للزعم كل منهم في مواجهة الضرر بتسويض كل الضرر ، وللتزامهم تضامنى أو على وجه الدقة تضامنى (٣٧) » .

وقد نصت على تضامن المسئولين عن تسويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع المادة ١٦٩ دنى مصرى . مثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١/٦٩٢ دنى كويى من أنه « يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تدهم أو خلال جزئى فيما شيداه من مبان أو أقالام من منشآت ثابتة وذلك خلال عشر سنوات من وقت اتمام البناء أو الانشاء . . . » وهو الأمر الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٥١ من القانون الدنى المصرى . ومن الأمثلة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧٥٩ دنى كويى بخصوص التزم الكلاء بمقود مقواليه ومسؤولية كل كميل منهم عن كل الدين . وما نصت عليه المادة ٧٦٦ دنى كويى من أن يكون الكلاء متضامنين في الكفاءة القانونية أو القضائية أو للتجارية (٣٨) .

(٣٦) راجع في هذا الخلاف : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق هامش رقم ٣ .

ص ٣٢٨ .

(٣٧) راجع الفكرة الإيسلمية للقانون الدنى الكويى ، ص ١٥٩ .

(٣٨) تارن نص المادة ٧٩ من القانون الدنى المصرى بخصوص تضامن الكلاء في

الكفاءة القضائية أو القانونية .

## الفرع الثاني

### آثار التضامن السلبي

٢١٧ - نبحث آثار هذا التضامن في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ،  
ثم آثاره في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم \*

٢١٨ - أولا : آثار للتضامن السلبي في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن :

يحكم آثار هذا التضامن في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ثلاثة  
مبادئ أساسية هي :

- ١ - وحدة المحل \*
- ٢ - تعدد الروابط \*
- ٣ - النسيب التبادلية فيما ينفع ولا فيما يضر \*

٢١٩ - ١ - مبدأ وحدة المحل :

ومؤدى المبدأ أن محل الالتزام واحد بالنسبة لجميع المدينين . فما  
يلتزم به أى مدين هو ما يلتزم به غيره من المدينين ويترتب على ذلك ما يأتى  
من آثار :

(أ) يكون للدائن الحق في مطالبة مدينيه المتضامنين معا أو مطالبة  
أحدهم على سبيل الأفراد أو مطالبة بعضهم دون البعض ونصت  
على ذلك المادة ١/٣٤٦ مدنى كويتى (م) ١/٢٨٥ مدنى مصرى ) \*  
وإذا طالب أحدهم لا يجوز له دفع مطالبة الدائن بوجوب تقسيم  
الدين \*

(ب) يترتب على وفاء أحد المدينين بالمدين عينا أو بمقابل براءة ذمته  
وبراءة ذمة الباقيين هكذا نصت المادة ١/٣٤٧ مدنى كويتى ( م ) \*  
٢٨٤ مدنى مصرى ) \* فلذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من  
أى مدين متضامن كان لهذا المدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن  
يمرض الدين عليه عرضنا حقيقا ومن ثم تبرأ ذمته وذمة الباقيين :

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا. أيضا اذا تمت حوالة الدين من  
أحد المدينين المتضامنين إلى شخص آخر إلا اذا لم يرض مؤلا بالحوالة .  
٢/٣٤٧ مدني كويتي . ( م ٢٨٤ مدني مصري ) .

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا بتجديد الدين في علاقة الدائن واحد  
المدينين المتضامنين . ذلك ان مقتضى التجديد لنقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه  
وتأميناته لينشأ مكانه التزام جديد ومن تأمينات الالتزام الذي انقضى تضامن  
المدينين به . كل ذلك ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل باقي المدينين المتضامنين  
رغم انقضاء الدين بالنسبة لأحدهم بالتجديد . ( م ٣٤٨ مدني كويتي -  
م ٢٨٦ مدني مصري ) .

وفوق ما تقدم ، تناول المشرع المدني الكويتي حالتين ينقضي فيهما  
الالتزام بالنسبة لأحد المدينين قبل الدائن ويبقى الالتزام تضامنيا بالنسبة  
لسائر المدينين المتضامنين على الرغم من ذلك .

الحالة الأولى نصت عليها المادة ٣٤٩ من القانون المدني الكويتي ونصها  
انه ، لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالقاصة التي تقع بين الدائن  
ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا الدين الآخر ، . وعليه ، فإذا انقضى  
الدين بالقاصة (٢٩) بين الدائن واحد المدينين المتضامنين امتنع على الدائن أن  
يرجع على هذا المدين ولا يبقى له إلا الرجوع على بقية المدينين المتضامنين  
فيحق له مطالبة كل منهم - وبمد استنزال حصة من انقضى دينه قبله  
بالقاصة - بجملة الدين (٣٠) أي أن الدين ينقضى بالنسبة لهم بقدر حصة  
هذا المدين .

أما الحالة الثانية فقد ضمنها المشرع الكويتي نص المادة ٣٥٠ من  
القانون المدني هناك ، وتخص انقضاء الدين باتحاد الذمة بين أحد المدينين

---

La Compensation est Lixtinction de deux obligations de (٢٩)  
la mine espice. V. CARBONNIER op. cit., n. 132, p. 512

(٣٠) راجع حكم المادة ٢٨٧ مدني مصري .

التضامنين من جهة والدائن من جهة أخرى • واتحاد الذمة (٣١) كما سنرى فيما بعد - عبارة عن اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد • فاذا انقضى دين أحد المدينين التضامنين قبل الدائن باتحاد الذمة عن طريق خلافة أحدهما للآخر ، اقتصر هذا الانقضاء بالنسبة لباقي المدينين على قسمة حصة هذا المدين فقط (٣٢) •

(ج) يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا هكذا نصت المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدني الكويتي وكذلك يجوز له أن يحتج حصبا يقضى هذا بأوجه الدفع الخاصة به ( راجع المادة ٢/٢٨٥ منى مصرى ) • ومثال الدفع المشتركة الدفع ببطان الالتزام مطلقا لمصم المشروعية في السبب أو المحل • أما الدفع الخاصة فيمكن أن تمثل لها بالدفع المرتبط بعيوب ارادة المدين وتعرض له في مجال تعدد الروابط •

#### ٢٢٠ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط :

تتعدد رابطة المدينين التضامنين بالدائن مما يعنى استقلال رابطة كل مدين منهم بالدائن عن رابطة غيره به •

ويترتب على ذلك ما يأتى من آثار :

( أ ) وجوب الاعتماد بكل وصف يلحق رابطة التزام أى مدين - وهم مستقلة - بالدائن • كما لو كان التزام أحد المدينين مضافا الى أجل دون التزام الباقي أو لو كان الالتزام بجملة مضافا الى أجل بالنسبة لكل المدينين التضامنين وسقط الاجل بالنسبة لأحدهم حيث ينعين على الدائن مراعاة ذلك في المطالبة بحقه •

---

La Confusion : C'est lievement quireunit enune seute, La  
personne du debiteur et la personne du crancier par ex.  
quand L'une herited l'autre. (٣١)

V. SAVATIER : op. cit., n. 320 p. 387.

(٣٢) راجع حكم المادة ٢٨٨ منى مصرى •



(ب) إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء امتنع عليه أن يدفع هذه المطالبة يدفع يخص مدينا آخر من هؤلاء . فإذا كان الدين قابلاً للإبطال بالنسبة لأحد المدينين نظراً لميب شابه لراذته امتنع على أي مدين آخر أن يتمسك بالدفع بالإبطال حال مطالبه للدائن إياه بالوفاء .

(ج) إذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لسبب لم يتحقق إلا بالنسبة له ، بقي الالتزام تضامنياً بالنسبة لمساير المدينين . ومن تطبيقات ذلك ما ذكرنا بخصوص انقضاء دين أحد هؤلاء المدينين بالمقاصة ولتصاد الذمة وقد أضاف المشرع المعنى الكويتي تطبيقات أخرى لذلك . فقد نصت المادة ١/٣٥١ على أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرا ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك<sup>(٣٣)</sup> فإذا لم يصدر منه هذا التصريح كان له - وهذا حكم للفقرة الثانية من النص المذكور - أن يطالب باقي المدينين المتضامنين بما بقي من الدين بعد خصم حصته المدين الذي أبرأه . ومع ذلك يكون له أن يطالبهم بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق . وفي هذه الحالة الأخيرة يكون لهؤلاء المدينين حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بمقدار حصته في الدين<sup>(٣٤)</sup> . ويلاحظ أنه إذا قام الدائن وأبرأ أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط بقي حقه في الرجوع على الباقي بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك ( م ٣٥٢ ، م ٣٥٣ حتى كويتي )<sup>(٣٥)</sup> .

وفي جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو التضامن يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة من أعسر منهم ( م ١/٣٥٣ ، م ٣٥٣ حتى كويتي )<sup>(٣٦)</sup> على أنه إذا أخطى للدائن المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية عن الدين تحصل للدائن نصيب هذا المدين في حصة من أعسر من المدينين . ( م ٢/٣٥٣ ، م ٣٥٣ حتى كويتي )<sup>(٣٧)</sup> .

(٣٣) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ م ١٠٠٠ مصري .

(٣٤) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ م ١٠٠٠ مصري .

(٣٥) راجع حكم المادة ٢٩٠ م ١٠٠٠ مصري .

(٣٦) راجع حكم المادة ١/٢٩١ م ١٠٠٠ مصري .

(٣٧) راجع حكم المادة ٢/٢٩٠ م ١٠٠٠ مصري .

ومن التطبيقات أيضا ما نصت عليه المادة ١/٣٥٤ من ميثاق الكويتي من أنه إذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمن بالنسبة لأحد الدين التضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين .

ويلاحظ أن هذا النص يختلف في بعض عباراته عن نظيره المصري وأن كان الحكم فيهما متماثلا في مضمونه فقد نصت المادة ١/٢٩٢ من ميثاق مصرى على أنه إذا لنقض الدين بالتقادم بالنسبة لأحد الدين التضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين . والواضح أن المشرع الكويتي قد استعمل عبارة مرور الزمن بخلاف المشرع المصري للذى استخدم عبارة التقادم ليكون النص الكويتي بذلك متشبيها فيما يستخدمه من مصطلحات مع الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

وفي الحقيقة ، فإنه إذا حققنا للنظر لوجدنا أن أمر اختلاف النصوصين ( الكويتي والمصري ) انما يتجوز بكثير الاختلاف في عبارات استخدمها المشرع المنفى في البلدين . إذ الأمر يتعلق بنظامين قانونيين بخصوص مرور الزمان وأثره ، أخذ كل مشرع في يده بواحد منهما ، ويختلفان بصورة جوهرية .

فالمشرع المنفى الكويتي قد أخذ بأحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامي . وبغية لا يسقط الحق بمرور زمن أو مضي مدة . كل ما هنالك أن مرور الزمن هذا يمنع سماع الدعوى بالحق دون سقوطه عند انعدام المعذر والانتكار .

أما المشرع المنفى المصري فقد أخذ بنظام تقادم الحق وسقوطه بمعنى المدة . وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد في الباب المتعلق بأسباب انقضاء الالتزام .

٢٢١ - ٣ - مبدأ التبادلية بين الدين التضامنين فيما ينفع ولا فيما يضر :

لم يصرح المشرع المنفى للكويتي ولا نظيره المصري بمبدأ التبادلية بين الدين التضامنين كما صرح به بالنسبة للدائنين التضامنين . وعلى كل حال فإنه يمكن استخلاص هذا المبدأ من نص المادة ١/٣٥٥ من ميثاق الكويتي ( م ١/٢٩٣ من ميثاق مصرى ) لـ قالت : « لا يكون الدين التضامن مسفولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا على فطره ، ومفهوم ذلك أن كل مدعى يسأل عن أى فعل يصدر منه بخصوص تنفيذ الالتزام ويكون من شأنه الاضرار بسائر الدين التضامنين . وهذا هو جوهر مبدأ التبادلية بين هؤلاء فيما

ينفخ لا فيما يضر \* ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٢٥٤ م.دنى .  
كويتي ( م. ٢/٢٩٢ م.دنى مصري ) من أنه إذا انقطعت المدة المقررة لنسخ سماع  
الدعوى أو أوقف سريانها بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن  
يتمسك بذلك قبل باقئ المدينين \* والمعنى الواضح لذلك أنه لا نيابة تبادلية بين  
هؤلاء المدينين فيما يضرهم \* وهو الحال في حالة قطع أو وقف سريان المدة المقررة  
لنسخ سماع الدعوى \*

ومن تطبيقات انعدام نيابة التبادلية أيضا بين المدينين المتضامنين فيما  
يضر<sup>(٢٨)</sup> ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٥ م.دنى كويتي ( م. ٢/٢٩٣ م.دنى  
مصري ) من أنه إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قضاه فلا يكون  
لذلك أثر بالنسبة إلى باقئ المدينين \*

أما عن تطبيقات وجود النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما  
ينفخ ما جاء في نهاية الفقرة الثانية من النص السابق وتقضى بأنه إذا أعذر  
أحد المدينين المتضامنين الدائن استفاد من هذا الأعذار باقئ المدينين \*

كذلك ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٧ م.دنى كويتي ( م. ٣/٢٩٥ م.دنى  
مصري ) من أنه إذا لقتص الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين  
نحفظها استفاد من ذلك باقئ المدينين \*

نضيف أيضا ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٨ م.دنى كويتي ( م. ٢/٢٩٦ م.دنى  
مصري ) من أنه إذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين استفاد منه  
الباقى ما لم يكن للحكم مبنيا على سبب خلص باليمين الذي صدر الحكم  
لصالحه \*

كذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٦ م.دنى كويتي في صدد ما ( م. ٢٩٤  
م.دنى مصري ) من أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن

---

(٢٨) راجع تطبيقات أخرى / ما نصت عليه م.دنى كويتي في مجزأ بخصوص  
لصالح الذي يبرمه الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وكان من شأنه أن يرتب في ذمة  
هؤلاء التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به \*

كذلك ما جاء في المادة ١/٣٥٧ م.دنى كويتي بخصوص لقرار أحد المدينين  
المتضامنين بالدين أو نكوفه من اليمين أو توجيهه إلى الدائن يعمنا حلها فلا يضار باقئ  
المدينين \* كذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٨ م.دنى كويتي بخصوص صدور حكم ضد أحد المدينين  
المتضامنين فلا يحتج به على الباقين \*

الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأي وسيلة أخرى استنفاد منه  
الدين.

٢٢٢ - ثانياً : آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين فيما  
بينهم .

إذا كان للتضامن يمثل عقبة تمنع انقسام الالتزام فان ذلك لا يكون الا فى  
علاقة المدينين بالدائن . أما فى علاقتهم فيما بينهم فالأصل هو انقسام  
الالتزام<sup>(٣٦)</sup> ولما كان الأمر كذلك فان النتيجة النهائية هى انه اذا قام أحد  
المدينين وأوفى بالدين كان له الرجوع على باقى المدينين . على أنه اذا كان أحد  
المدينين مسرراً فى هذا الرجوع تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى ومعه  
سائر المدينين . ونبحث انقسام الالتزام ورجوع الدين الوفى .

#### (١) انقسام الالتزام :

ينقسم الالتزام فى علاقة الدينين المتضامنين فيما بينهم ، مما ينتج  
معه فى النهاية القول بأن كل مدين يلتزم بحصته . والرجوع فى تحديد  
الحصص المصدر للنشء للتضامن سواء كان لتفاهاً أو نصاً قانونياً . فاذا  
لم يتحدد الحصص فى المصدر للنشء للتضامن كانت الحصص متساوية .  
( م ٢/٣٥٩ مئى كويتى - م ٢/٢٩٧ مئى مصرى ) وهو ما نصت  
عليه المادة ١٢١٣ من القانون المئى الفرنسى . واستثناء على الأصل مائل  
فى وجوب انقسام الدين بين المتضامنين ، نصت المادة ٣٦٠ مئى كويتى  
على أنه اذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين تحمل به  
كله فى علاقته بالباقيين . وهو نفس الحكم الذى نصت عليه المادة ٢٩٩ مئى  
مصرى . وهو الحكم الذى نصت عليه المادة ١٢١٦ من القانون المئى الفرنسى .  
كما لو كان أحد المدينين هو المدين الأصلي والباقي ضمان له .

#### ٢ - رجوع الدين الوفى على غيره من الدينين :

يكون رجوع أحد المدينين المتضامنين على غيره من الدينين اذا قام بوفاء  
كل الدين أو حتى جزء منه ما دلم هذا الجزء يزيد على حصته . وعليه لا يجوز  
له هذا الرجوع اذا قام بوفاء حصته فقط .

ويكون رجوع الدين على غيره من الدينين كل بقدر حصته ( م ١/٣٥٩  
مئى كويتى - ١/٢٩٧ مئى مصرى ) . ويقيد رجوع الدين بهذا القدر

(٣٦) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 790, p. 792.

اعبار أحد الدينين . إذ يستنزل في رجوعه على الباقي نصيبه في حصة من  
أعسر ( م . ٣/٣٥٩ مدني كويتي - م . ٢٩٨ مدني مصري ) .

ويتحدد رجوع الدين على الوجه المتقدم بأكمله بطريقتين :

الأول : ويكون بدعوى شخصية أما باعتباره وكيلًا أو باعتباره فضوليًا  
تبعًا لما إذا كان مصدر التضامن الاتفاق أو للنص على التوالي .

الثاني : ويكون بدعوى الحلول وفقًا لحكم المادة ١/٣٩٤ مدني كويتي  
( م . ١/٣٢٦ مدني مصري ) . والاطول هنا قانوني بغض النظر عما إذا كان  
التضامن اتفاقيًا أو قانونيًا . وللمدين المرفى الخيار بين الدعويتين .

وبعد ما تقدم ، نذكر كما نوهنا من قبل بفارق بين التضامن السلمي  
والتضامن بخصوص آثار كل منهما . إذ ينقسم الدين في علاقة الدينين التضامنين  
فيما بينهم بحيث يكون لن وفي منهم أن يرجع على سائر الدينين كل بقدر  
حصته . أما في الالتزام التضامني فإنه وإن كان يقبل الانقسام أحيانًا بين  
الدينين به كما هو الحال في المسؤولية المجتمعة فليس دائمًا . إذ يمكن أن  
تتصور أحد الدينين به وقد أوفى ومع ذلك لا يرجع على غيره من الدينين  
ويتحمل من ثم العبء النهائي . كما لو أوفى المؤمن بمبلغ التأمين للمضربور حيث  
لا يجوز له أن يرجع على المسئول الآخر فيما أدى .

## ٢٢٣ - التضامن بين الدينين واحكامه في المشرع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

سبق أن ذكرنا - في مجال التضامن بين الدائنين - أن المادة ٢٢٦ من  
المشروع قد نصت على أن التضامن بين الدينين لا يفترض وإنما يكون بناء  
على اتفاق أو نص في القانون .

أولاً : وعن آثار هذا التضامن في علاقة الدينين التضامنين بالدائن ، نصت  
المادة ٢٧١ من المشروع على ما يأتي :

١ - يجوز للدائن مطالبة الدينين التضامنين بالدين مجتمعين أو  
منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من  
آثر الدين .

٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه  
الدفع الخاصة بغيره من الدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع  
الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين الدينين جميعاً .

وواضح أن النص يعالج من آثار التضامن السلبي في النطاق المتقدم.  
ذكره بعض الأئمة المرفوعة عن مبدأ وحدة المحل ومن تعدد الروابط كما  
أوضحنا من قبل . وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٥ من  
القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدني  
الكويتي .

أما المادة ٢٧٢ من المشروع فقد نصت على أنه « إذا أوفى أحد الدينين  
الدين برئت ذمة للباقيين » .

والمادة المقترحة هذه ، وهي تعالج أثراً من آثار التضامن على الوجه  
المتقدم ، تطابق المادة ٢٨٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق  
أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ من القانون المدني الكويتي .

ثانياً : وفي نطاق آثار التضامن على الوجه المتقدم ، وارتباطاً بمبدأ  
وحدة المحل فإنه إذا كان يترتب على وفاء أحد الدينين التضامنين براءة  
ذمته ومن معه من الدينين ، فإن ذمة هؤلاء تبرا أيضاً بتجديد الدين في علاقة  
الدائن بأحد الدينين . ونصت على هذا الحكم المادة ٢٧٣ من المشروع  
أذا قالت : « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد الدينين التضامنين أن  
تبرا ذمة باقي الدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٦ من القانون المدني المصري  
الحالي ، كما تطابق أيضاً المادة ٣٤٨ من القانون المدني الكويتي .

إضافة إلى الأحكام السابقة ، نصت المادة ٢٧٤ من المشروع على ما يأتي :  
« لا يجوز للمدين التضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن  
ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا الدين » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدني  
المصري الحالي ، كما تطابق أيضاً المادة ٣٤٩ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٢٧٥ من المشروع على أنه « إذا انحلت الذمة بين الدائن  
وأحد مدينيه التضامنين ، فإن الدين لا ينتقض بالنسبة إلى باقي الدينين إلا  
بقدر حصة الدين الذي انحلت ذمته مع الدائن » . والمادة على هذا النحو  
تطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٠  
من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٢٧٦ من المشروع فقد نصت على ما يأتي :

١ - إذا أبرأ الدائن أحد الدينين المتضامنين ، فلا تبرأ حصة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فلذا لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقي الدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة الدين الذي أبرأه إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على الدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين .

والمادة تطابق المادة ٢٨٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥١ من القانون المدني الكويتي .

وقد عرضنا للنصوص السابقة من القانون المدني الكويتي والقانون المدني المصري الحالية عند دراستنا لآثار التضامن السلبي في علاقة الدينين المتضامنين بالدائن .

ثالثا : وفي إطار آثار التضامن السلبي في علاقة الدينين المتضامنين بالدائن أيضا نصت المادة ٢٧٧ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا أبرأ الدائن أحد الدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك ، .

ونعني المادة تطابق المادة ٢٩٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٥٢ من القانون المدني الكويتي ، وقد أشرنا إلى النصين الأخيرين فيها سبق .

وفي الإطار السابق أيضا نصت المادة ٢٧٨ من المشروع على ما يأتي :

١ - في جميع الأحوال التي يجرى فيها للدائن أحد الدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي الدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا الدين بنصيبه في حصة المبرأ منهم .

٢ - على أنه إذا أخطى الدائن الدين الذي أبرأه من كل المسؤولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا الدين في حصة المبرأ ،

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٣ من القانون المدني الكويتي .

رابعاً : وفي نفس الاطار السابق وعلى أساس مبدأ تمسك الروابط الذي درسناه من قبل ، نصت المادة ٢٧٩ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا امتنع سماع الدعوى بسبب التقادم بالنسبة لأحد الدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين .

٢ - إذا انقطعت المدة المقررة لسماع الدعوى أو وقف سريانها بالنسبة لأحد الدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي الدينين .

ولا يخفى أن النص يتضمن تطبيقاً للنيابة التبادلية بين الدينين فيما ينفع لا فيما يضر .

وعلى كل حال ، فإن هذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من القانون المدني الكويتي .

أما عن النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي لنص المادة المذكورة من المشروع فيجب أن يلاحظ اختلاف الحكم بينهما من زاوية مسلك المشروع اسلامياً وكونه أخذ بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن دون أن يؤثر ذلك على الحق ذاته . وفي هذا يختلف النص المدني المصري الحالي وهو نص المادة ٢٩٢ حيث يتكلم عن انقضاء الدين بالتقادم .

خامساً : وعن النيابة التبادلية بين الدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر قررت المادة ٢٨٠ من المشروع في فقرتها الأولى ما يمكن أن نسميه مبدأ في هذا الصدد إذ قالت : « لا يكون الدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام الا عن قطعه » . وأضافت في فقرتها الثانية « ولذا اعذر الدائن أحد الدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي الدينين » . أما إذا اعذر أحد الدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقي الدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

وقد أورد المشروع عدة تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية :



**لتطبيق الأول :** وجاء بالمادة ٢٨١ ونصها كالآتي : « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن للصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأي وسيلة أخرى ، استفاد منه اللباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو ما يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٦ من القانون المدني الكويتي .

**لتطبيق الثاني :** وجاء به المشروع في المادة ٢٨٢ ونصها كالآتي :

« ١ - إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يمسرى هذا الإقرار في حق اللباقين » .

٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها ، فلا يضرار بذلك باقي المدينين » .

٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » .

والمادة تتضمن في الواقع أكثر من تطبيق . وهي تطابق المادة ٢٩٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٢٥٧ من القانون المدني الكويتي .

**والتطبيق الثالث ، نصت عليه المادة ٢٨٣ من المشروع على النحو التالي :**

« ١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين » .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من القانون المدني المصري الحالي ،

كما تطابق أيضاً المادة ٣٥٨ من القانون المدني الكويتي . وقد درسنا النصين من قبل .

سلاحاً : وفي آثار التضامن فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض نصت المادة ٢٨٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الطول قد رجح بدعوى للدائن .

٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضاً الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٥٩ من القانون المدني الكويتي . وسبق لنا دراسة حكم للنصين .

وفي آثار التضامن في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أيضاً ، نصت المادة ٢٨٥ من المشروع على ما يأتي :

« إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعاً هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين ، وسائر المدينين المومنين ، كل بقدر حصته ، » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضاً الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٩ من القانون المدني الكويتي . ودرسنا فيما سبق حكم للنص الكويتي مع الإشارة إلى حكم هذا النص من القانون المدني المصري الحالي .

ونصت المادة ٢٨٦ من المشروع على ما يأتي :

« إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحملة كله نحو الباقيين ، » . وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدني الكويتي .

## المطلب الثالث

### التضامن في الفقه الإسلامي

#### أولا : تضامن الدائنين

٢٢٤ - تصور التضامن بين الدائنين في الفقه الإسلامي :

يمكن تصور التضامن بين الدائنين المتصدين في الفقه الإسلامي إذا ما وكل أحدهم غيره في قبض الدين • ويكون ذلك بصفة خاصة في الديون المشتركة حيث يوكل أحد الدائنين غيره في قبض حصته • وما ذلك إلا تطبيق لقاعدة في الفقه الإسلامي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٤٥٩ إذ قالت « يصح أن يوكل واحد غيره في الأمور التي يجوز له أن يباشرها بنفسه وبإيفاء واستيفاء كل حق منطبق بالمعاملات » •

ولما كان من الجائز في الفقه الإسلامي أن يوكل الشخص غيره في استيفاء حقه (١) ، جاز لدائن ضمن دائنين متصدين أن يوكل أحدهم في قبض حصته على ما ذكرنا •

وقد أجازت المادة ٩٦٥ من مرشد الحيران التوكيل بقبض الدين بصفة عامة حين قالت « يجوز للتوكيل بتقاضى الدين وقبضه من غير رضا الخصم سواء كان الموكل حاضرا أم غائبا صحيحا أم مريضا » •

وقد نصت على الوكالة بقبض الدين المادتان ١٢٥٤ ، ١٢٥٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل • ومن فروض التضامن الإيجابي بين الدائنين في الفقه الإسلامي ما يسمى بالدين المشترك • وهو الدين الذي لشخصين فأكثر بزمة ثالث بسبب واحد على حد قول المادة

---

(٤٠) راجع الوكالة في قبض الديون عند الشافعية : المختب ، الشهابي ، مشار إليه من قبل الجزء الأول ، نهلية ص ٣٥٥ وبديلة ص ٣٥٦ •  
وقد أجاز للوكالة في قبض الدين واستيفاء الأموال •  
ويتعلل أيضا في ص ٢٥٧ : « لا يجوز للتوكيل إلا في تصرف مطوم .....  
وان قال وكلتك في قبض جميع ديني صح لانه يعرف ماله ودينه ..... وان قال اقبض ما شئت من ديني جاز لانه عرف ماله ودينه » •

١٨٠٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل<sup>(١)</sup> \* ومنه ما نصت عليه المادة ١٨٠٢ من هذه المجلة بخصوص ما اذا يبيع او اجر مال مشترك صفقة ولحده فالتامين والاجرة دين مشترك بين الشركاء في ذلك المال وكذا لو افترض اثنان مالا مشتركا بينهما فهو دين مشترك \*

وعن احكام هذا الدين المشترك وما ينطوي عليه من تصور للتضامن بين الدائنين ما نصت عليه المادة ١٨٠٣ من مجلة الاحكام لشرعية من انه اذا اخرج احد الشريكين في الدين المشترك للحال حقه جاز ، وليس له أن يؤخر حق شريكه ، وهذا التأخير لا يمنعه من مطالبة ولا مقاسمه الشريك الآخر فيما يقبضه من الدين المشترك \* كذلك ما نصت عليه المادة ١٨٠٤ من مجلة الاحكام الشرعية سالفة الذكر من انه اذا قبض احد للشريكين من الدين المشترك دون اذن شريكه فللشريك الآخر أن يأخذ من القابض بنسبة حصته<sup>(٢)</sup> \* الا يعد ذلك كله أثرا من آثار التضامن الايجابي في علامة اندلثين فيما بينهم ؟ الا يتفق مع حكم المادة الاولى والثانية ما جاء في المادة ١/٣٤٥ مدني كويني ( م ٢٨٢ مدني مصري ) من مبدأ مؤداه : ان كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق للدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوي الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ؟ \*

٢٢٥ - مبادئ تحكم للتضامن بين الدائنين في الفقه الاسلامي \*

راينا ونحن نتكلم عن آثار التضامن الايجابي بين الدائنين في القانون المدني عدة مبادئ تحكم آثار هذا التضامن على الاخص في علاقة هؤلاء الدائنين بالدين \*

( أ ) مبدأ وحدة المحل \*

( ب ) مبدأ تصدد اللوالب \*

( ج ) مبدأ للنيابة التبادلية فيما ينفذ لا فيما يضر \*

ونتسأل الا يمكن تصور هذه المبادئ بمضامها وآثارها في الفقه الاسلامي ؟

---

(٤١) \* اذا كان لائنين أو أكثر في ذمة آخر دين ناشئ من سبب واحد فهو دين مشترك ..... ( م ١٠٩١ من مجلة الاحكام المحلية ) \*

(٤٢) راجع في هذا المعنى حكم المادة ١١٠١ من مجلة الاحكام المحلية ونصها كالآتي : \* ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركا بينهما وللشريك الآخر أخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض أن يختص به وحده \* \*

ان ردا بالايجاب على هذا التساؤل يمكن الوصول اليه بتحليل نقوم به ، نقف من خلاله على أن القانون المدني ، الكويتي والمصري ، لا يختلف عن الفقه الاسلامي بشأن ما يحكم التضامن بين الدائنين من مبادئ .

٢٢٦ - ١ - مبدأ وحدة المحل : فانه يعنى في القانون المدني أن محل الالتزام أى الدين واحد بالنسبة لجميع الدائنين المتضامنين . ومن أثار ذلك في القانون المدني كما بينا من قبل أنه لا يجوز للمدين أن يفرض على أحد دائنيه المتضامنين وفاة بقدر نصيبه في الدين وقتلنا ان عنه ذلك ترجع الى ان وفاة مثل هذا يحد جزئيا ويتعارض مع التضامن . ونرى ان هذا التصور لمبدأ وحدة المحل وما يترتب من اثر ليس الا تطبيقا لما جاء في المادة ١٨٠٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصت على أنه « ليس للمدين ديناً مشتركاً بسبب متحد أن يخص بعض الشركاء بوفاء حقه أو بعضه ..... » . ليس في الدين المشترك بسبب متحد ما ينفي وبوضوح عن تصور لمبدأ وحدة المحل كما جاء بالقانون المدني ؟ ليس في منع النص للمدين بالدين المشترك من الوفاء لبعض الشركاء بحقه أو جزء منه نفس تصور الوفاء الجزئي الممنوع قانوناً في حالة تضامن المدينين باعتباره احداً لمبدأ وحدة المحل ؟

#### ٢٢٧ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط :

فكرنا ان معناه في الفقه القانوني يتمثل في أن رابطة كل دائن بالمدين تكون مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين به . وان من الآثار المترتبة على ذلك أنه على الدائن أن يأخذ في الاعتبار ما قد يلحق رابطة بالمدين - وهي مستقلة - من اوصاف ، كان يكون الدين مضافاً الى أجل أو معلقاً على شرط . وهذا التصور القانوني لمبدأ تعدد الروابط بآثره ليس سوى ترجمة لما جاء بالمادة ١٨٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل من أنه ليس لأحد الشريكين في الدين المشترك للحال أن يؤخر حق شريكه وان آخر حقه هو جاز . الا يعنى ذلك ان كل دائن مستقل برابطته بالمدين وما يلحقها من اوصاف ؟

#### ٢٢٨ - ٣ - مبدأ النيابة التباعدية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر :

قلنا ان هذا المبدأ تضمنته المادة ٢/٢٤٤ مدني كويتي ( مادة ٢٨٢ مدني مصري ) ويعنى أنه اذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم .

ولا نرى في ذلك سوى أعمال لما جاءت به المادة ١٧٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل إذ قالت : « يجبر الشريك على موافقة شريكه في دفع مضرة أو إبقاء منفعة » . وقد جاء ذلك في النص بمناسبة الدين المشترك لشخصين في ذمة ثالث مما يعنى شركة ملك بينهما . أنيس في ذلك ما يعنى أن ما يأتية دائن بدين مشترك لا يسرى في حق غيره من الدائنين إلا إذا كان نافعا وليس ضارا ؟ ليس في ذلك ما يجسد فكرة للتبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ؟ ويؤكد ذلك قول المادة ١٨٠٩ من مجلة الأحكام المذكورة أن « إبراء أحد الشريكين في الدين المشترك ينفذ في حقه دون حق شريكه » ومؤدى ذلك أن قيام أحد الدائنين بالدين المشترك بإبراء الدين لا ينفذ في حق غيره من الدائنين لأنه ضار بهم . ليس من شك في أن ذلك يؤكد فكرة للتبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

## ثانيا : تضامن الدينين

٢٢٩ - تضامن الدينين معروف في الفقه الاسلامي . ويظهر ذلك بصفة خاصة في الكفالة . ولنا في نصوصه ما يدل على ذلك .

جاء في القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي « فإذا ضمن اثنان دين رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة ؟ على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع ، نص عليه أحمد في رولية رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلا كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه » (١٢) .

---

(١٢) القواعد في الفقه الاسلامي ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي - سبق الإشارة اليه ، لقاعدة الثلاثة عشرة بعد المائة ، ص ٢٥٤ .

وتنص المادة ١١٢٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل على ما يأتي « يصح تعدد الضمانات في الحق الواحد ، فلو قال كل واحد منهم ضمنت لك الحق صار كل منهم ضامنا لجميع الحق ..... » .

(١٣) وتروى من ذلك عند الشافعية ما ذكره الشيرازي في المهذب بخصوص ضمان الدين « ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن الضامن عنه ..... ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه لأن الدين ثابت في ذمتها ، فكان له مطالبتها فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لانه ضمان دين ثابت تجاز كلضامن الأول » .

وجاء في المادة ١٩٠ من مرشد الحيران أنه « إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلا بجميعه عن أصحابه فلتعريف أن يطلب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فإن دفع أحد منهم الدين بتمليه برى الآخرين وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه أن كانت الكفالة بأمرهم وإذا كان أحد منهم مصرا فلا يلزم الآخرين شيء من حصته » \*

ينضح لنا من النص أنه لو تعدد المسئولون عن دين واحد وكان كل منهم كفيلا أي ضامنا لكل الدين وعن جميع الكفلاء جاز للدائن أن يطلب أيًا منهم بكل الدين • وليس من شك في أن مفهوم التضامن السلبى في القانون الحنفى الذى عرضنا له من قبل لا يختلف عن هذه الصورة للتضامن بين المدينين في الفقه الإسلامى • فالتضامن بين المدينين ينفى - في الفقه الإسلامى والقانون - على تعدد المدينين دين واحد في مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين (٢٤) \*

٢٣٠ - وبخصوص أحكام التضامن بين المدينين وآثاره نجد أنها لا تختلف في القانون عنها في الفقه الإسلامى • ففي الأخير وحسبما يتضح لنا من النصوص المذكورة يجوز للدائن أن يطلب بالدين كل المدينين مجتمعين أو يطالبهم على سبيل الأفراد • وإذا أوفى أحد منهم بكل الدين كان له حق الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته • ليس هذا فحسب بل أن الدين الذى أوفى على هذا الوجه يقتيد في رجوعه بنصيبه في حصة من أعسر من المدينين • كل هذه الأحكام والآثار للتضامن المدينين في الفقه الإسلامى كما وردت في المادة ١٩٠ من مرشد الحيران تتفق معها أحكام التضامن بين المدينين في القانون الحنفى •

---

(٢٥) رابع حكم المادة ٦٤٤ من مجلة الأحكام المحلوة بخصوص مطالبة الدائن للاصيل والكفيل ، ٦٤٧ بخصوص تعدد الكفلاء •

وتأين : لن جزى المالكى ويقول : إذا أخذ ضامنين يحق لهما على أحدهما النصف الحق إلا أن يكون أحدهما في موطنه فكل واحد منهما ضامن لجهة الحق • وكذلك إذا ضمنا بحكم الخيار أو ضمن كل واحد الآخر •

تولتين الأحكام للشرعية ومسائل المذوق الفقهاء ، مشار إليه من مجل ، ص ٣٥٤ •

## المبحث الثانى عدم قابلية الالتزام للانقسام

### L' INDIVISIBILITE

٢٣١ - تعريف عدم القابلية للانقسام وانواعه :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا لمتنع تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتحمدين من الناحية الايجابية ( للدائنين ) أو من الناحية السلبية ( المدينين ) وذلك لان طبيعة المحل الذى يرد عليه لا تقبل التجزئة (٢٦) .

وعدم قابلية الالتزام للانقسام كما ترجع الى طبيعة المحل الذى يرد عليه ليقال ان عدم الانقسام طبيعى فقد ترجع أيضا الى الاتفاق عليها ليقال ان عدم الانقسام اتفاقى .

ويكون عدم الانقسام طبيعيا اذا كان المحل الذى يرد عليه الالتزام غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وفى هذا المعنى نصت المادة ١/٣٦١ مدنى كويتى ( مادة ١/٣٠٠ مدنى مصرى ) . كما لو كان محل الالتزام يتمثل فى تسليم حيوان حي (٢٧) .

ويكون عدم الانقسام اتفاقيا ، اذا اتجهت ارادة ذوى الشأن صراحة أو ضمنا الى عدم تجزئة الالتزام عند الوفاء أو التنفيذ ولو كانت طبيعة المحل الذى يرد عليه تقبل مثل هذه للتجزئة .

ويستفاد الاتجاه للضمنى للارادة نحو عدم تجزئة الالتزام من الغرض انذى رمى اليه المتعاقدان .

ويستفاد الاتجاه للضمنى للارادة اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يمكن تنفيذه على سبيل التجزئة . . هكذا نصت المادة ٢/٣١١ مدنى كويتى ( مادة ٢٠٠/ب مدنى مصرى ) .

---

(٢٦) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 768 p. 775.

(٢٧) راجع V. aussi : MAZEAUD : op. cit., no. 1075, p. 1005.



كما لو لشترى شخص قطعة أرض وكان للبائع عدة أشخاص كانت الأرض على ملكيتهم • فالالتزام هؤلاء بتسليم الأرض لا يتجزأ في تنفيذه سيما إذا بان أن غرض المشتري هو البناء عليها •

#### ٢٣٢ - آثار عدم القابلية للانقسام :

في بيان آثار عدم القابلية للانقسام نفرق - حسبما تقتضيه النصوص - بين حالة تعدد الدينين وتعدد الدائنين •

١ - إذا تعدد الدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً ، وللمدين للذي وفي حق الرجوع على الباقي كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك • ومن هذه الظروف إذا كان محل الالتزام تسليم حيوان حي وقام أحد الدينين للمتعددين بالالتزام بالتسليم بتنفيذه • إذ لا رجوع له على الباقي • ( مادة ٣٦٢ مدني كويتي - مادة ٣٠١ مدني مصري ) •

٢ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً • فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان الدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بأداء الشيء محل الالتزام خزنة إدارة التنفيذ • ( مادة ٣٦٣ مدني كويتي - مادة ١/٣٠٢ مدني مصري ) •

ولذا استوفى الالتزام أحد الدائنين رجح عليه الباقي منهم كل بقدر حصته هكذا نصت المادة ٣٦٣ مدني كويتي في عجزها ( مادة ٢/٣٠٢ مدني مصري ) •

#### ٢٣٣ - الالتزام غير القابل للانقسام في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولاً : في تعريف هذا الالتزام نصت المادة ٣٨٧ من المشروع على ما يأتي : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

( أ ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم •

( ب ) إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ، •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٦١ من القانون المدني الكويتي •

ثانيا : في بيان آثار عدم القابلية للانقسام في حالة تعدد الدائنين نصت المادة ٣٨٨ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - اذا تعدد الدائنون في دين غير قابل للانقسام ، او تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن او ولوث ان يطالب باداء الالتزام كاملا ، فاذا اجترس أحد الدائنين او الورثة على ذلك ، كان الدين ملزما باداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ليداع الشيء محل الالتزام . »

٢ - ويرجع للدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته ، »

ومذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٦٣ من القانون المدني الكويتي .

ثالثا : وعن آثار عدم القابلية للانقسام في حالة تعدد الدينين . نصت المادة ٢٨٩ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - اذا تعدد الدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا . »

٢ - وللمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقي ، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك . »

ومذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٢ من القانون المدني الكويتي .

#### ٢٣٤ - الالتزام غير القابل للانقسام في الفقه الاسلامي :

ان فكرة الالتزام غير القابل للانقسام معروفة في الفقه الاسلامي . ونبرز هنا ما نعتقد تطبيقا من تطبيقاتها فيه . فقد نصت المادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام المحدية على انه « ..... يصح لأحد الورثة أن يدعى بدين للميت في ذمة آخر ويمسك الثبوت يحكم بكل الدين المذكور لجميع الورثة ولكن ليس لوارث المدعى أن يقبض منه الا حصته ولا يمكنه أن يقبض حصص مسلك الورثة . »

ومفهومنا للنص ، انه يجوز لوارث الدائن - وفي حالة تعدد الورثة - ان يطالب ، ابتداء ، بكل الدين ، لكنه لا يأخذ في الاستيفاء الا حصته فقط . وفي هذا الفرض ما يعني ان الدين وحتى الحكم به غير منقسم بالنسبة لأطرافه من الناحية الايجابية .

## الباب الثالث

### انتقال الالتزام

٢٢٠ مبرهنة والتقسيم

رأينا ان الأصل في الالتزام لئنه حياته ان يكون مبسطة ومجزأ . الا انه قد يلحق به ما يجعل في هذا التجزؤ تلك البساطة . وقد عرضنا في ذلك للشرط والاجل . وفكرنا ان هذا كله لا يؤثر في جوهر الالتزام . هذا الجوهر الذي تحول من النظرة الشخصية - والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمطه حيث القيمة الاقتصادية له . والفارق بين النظرتين على نحو ما ذكرنا من قبل يتلخص في انه والالتزام في الاولى رابطة بين شخصين فلا يتصور بقاؤه مع تغير طرفيه أو احدهما بخلاف الثانية ، والعبرة فيها بالاداء فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو احدهما . وتبعا للاحيرة ، اجازت التشريعات انتقال الالتزام من الناحية الايجابية ومن الناحية السلبية . ويسمى انتقاله في الاولى حوالة ، الحق ، وفي الثانية حوالة الدين .

ونخصص لكل منها فصلا .

## الفصل الأول

### حوالة الحق

#### LA CESSION DE CREANCE

٢٢٦ - حوالة الحق عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه ادى مدينه الى شخص ثالث يصير دائنا للتخير بدل الاول(\*) . فاطراف حوالة الحق ثلاثة :

Le Cedant

(أ) المصيل

وهو الدائن الاصلى بالحق والذي يقوم بنقله .

Le Cessionnaire

(ب) المحال له

وهو من انتقل اليه الحق وصار دائنا بدلا من المصل .

Le Cede

(ج) المحال عليه

وهو المدين بالحق .

فما هي شروط هذه الحوالة وما آثارها ؟ وما تصور للفقه الاسلامي لها ؟

وتأسيسا على ما تقدم ، نقسم دراستنا في هذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : شروط حوالة الحق

المبحث الثاني : آثار حوالة الحق

المبحث الثالث : حوالة الحق في الفقه الاسلامي

---

(١) انظر في تعريف حوالة الحق MAZEAUD : op. cit., n. 1255, p. 1139  
RIEG ( AL Fred ) : Cession de Creance : Encycl ju ridique 2ed,  
t. 2, 1970.  
GAUDEMET (E) : Theorie des Obligations, Paris, 1937, p. 453 ets.

## المبحث الأول

### شروط حوالة الحق

٢٣٧ - في بحث شروط هذه الحوالة ، نقتاولها على طائفتين ، الاولى ونتكلم فيها عن شروط انعقادها ، أما الثانية فنخصصها لشروط نفاذها .

ونخصص لكل منها مطلباً . . هذا وقد تناول المشرع المعنى الكويتي حوالة الحق وأحكامها في المواد ٣٦٤ - ٣٧٦ ( مادة ٣٠٣ و ٣١٤ معنى مصري ) .

## المطلب الأول

### شروط انعقاد حوالة الحق (١)

٢٣٨ - تعد حوالة الحق من العقود الرضائية وتخضع - شأنها في ذلك شأن أى عقد - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب تولف الرضا والمحل والسبب هذا من جهة . ومن جهة أخرى يجب أن يجرى الرضا خالياً من العيوب وهي الغلط والتخليس والاكراه ، إضافة إلى وجوب تولف الأهلية لدى طرفي هذا الرضا . وتختلف الأهلية حسبها إذا كانت الحوالة تبرعية أو يعوض .

فاطراف الحوالة هما المحيل والمحال له وتنمقد برضاؤهما . إذ لا يشترط رضا المحال عليه لأنه ليس طرفاً فيها . إذ يستوى لديه أن يفى بالدين لهذا أو ذلك . رد على ذلك ، أنه ليس في حوالة الحق من الدائن الآخر إضرار بالمدين يوجب رضاه لانعقاد الحوالة (٢) . ونصت المادة ٣٦٤ معنى كويتي على أن حوالة الحق تتم دون حاجة إلى رضا المدين وهو ما نصت عليه أيضاً المادة ٣٠٣ معنى مصري .

MAZEAUD : op. cit. n. 1250. p. 1141 et s.

(٢) راجع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 805, p. 810.

(٣) السنهوري ، الوسيط ج ٣ ، رقم ٣٦٠ ، ص ٤٦٧ .

وكما أثرنا فإنها يمكن أن تكون بعوض يؤديه المحال له للدائن . وفي هذه الحالة تعد - إذا كان العوض نقديا - بيما وتخضع لأحكامه . كما يمكن أن تكون على سبيل التبرع أي هبة مقابل - وفي هذه الحالة تعد هبة وتخضع لأحكامها (٤) .

وما دامت حوالة الحق من المقتود الرضائية ، فإن التراضي يكفي لانقضاء إذ لم يستوجب للقانون - ابتداء - شكل معين في حوالة الحق . واستثناء على ذلك يمكن أن تكون الحوالة شكلية لذا كانت بدون مقابل حيث تعتبر هبة على نحو ما ذكرت الآن ومن ثم يجب أن تستوفي شروط الهبة شكلا وموضوعا .

وننبه هنا بشأن رضائية حوالة الحق كاصل ، إلى أنه يجب عدم الخلط بين هذه الرضائية وما تنص عليه المادة ٣٦٩ مدني كويتي من وجوب قيام المحيل بتسليم المحال له سند الحق به . فالمرجع الكويتي لم يقصد اعتبار هذا للتسليم ركنا في حوالة الحق ولكنه طريق للتنفيذ وهو ما نبه عنه الفقه الفرنسي بخصوص حكم مماثل للسابق وتتضمن المادة ١٦٨٩ من القانون المدني الفرنسي (٥) .

٢٣٩ - وبالنسبة للمحل باعتباره ركنا في حوالة الحق ، فإنه يتمثل في البعق المحال به الذي ينتقل إلى المحال له باقتفائه مع المحيل . والاصل أن الحوالة يمكن أن ترد على جميع الحقوق الشخصية أي كان محلها ولا تقتصر فقط على الحالة التي يتمثل فيها محل الحق في دفع مبلغ نقدي (٦) .

ويلاحظ أيضا أن الحق الشخصي يقبل الحوالة أيًا كانت طبيعته مدنية أو تجارية (٧) ليس هذا فحسب بل أن هذه الحقوق تقبل الحوالة سواء كانت موصوفة أو غير موصوفة (٨) . إضافة إلى ما تقدم ، يمكن أن يكون محلا للحوالة أيضا ما هو محتمل أو مستقبلي من هذه الحقوق بشرط

---

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

MAZEAUD : op. cit., n. 1259, p. 1142.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 807, p. 811.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 806, p. 810

SAVATIER : op. cit., n. 289, p. 330.

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

لإكمال عنصر تكوينه<sup>(١)</sup> . مثال ذلك ان يقوم مقاول بتحويل حقه قبل صاحب العمل الى شخص آخر ولو قيل بدء أعمال البناء ولكن بعد إبرام العقد . كذلك يجوز لمؤلف تعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه لقاء مقابل نقدي أن يقوم بتحويل حقه قبل الأخير ولو قبل التأليف ما دامت الحوالة بعد إبرام العقد مع الناشر .

ولستثناء على ما تقدم لا تجوز حوالة بعض الحقوق اما بالاتفاق او النص على ذلك وربما لا تسمح طبيعة الحق بتحويله . فقد يتفق الطرفان على عدم جواز حوالة حق نشأ عن عقد معين . فجواز حوالة لا يتعلق بالنظام العام كما نصت على ذلك المادة ٣٦٤ مدني كويتي ( مادة ٣٠٣ مدني مصري ) . فقد أجازت حوالة الحق ما لم يقض الاتفاق أو للنص بغير ذلك .

وقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق التي لا يجوز للحجز عليها كما هو الحال بالنسبة للنفقة . ونصت على ذلك المادة ٣٦٥ مدني كويتي ( مادة ٣٠٤ مدني مصري ) بقولها « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » (١٠) إضافة الى ذلك قد تستعصى طبيعة الحق على امكان حوالاته لا سيما اذا كانت شخصية الدائن به محل اعتبار . كما في دين النفقة حيث يلتزم شخص بالاتفاق على آخر لصلة صدقة مثلا (١١) .

## المطلب الثاني

### شروط نفاذ حوالة الحق

٢٤٠ - عرضنا في المطلب السابق لشروط انعقاد الحوالة بين طرفيها وهما المحيل له . ويبقى بعد ذلك ان نتساءل عن نفاذها . ليس من شك في ان الحوالة تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها . اما نفاذها في مواجهة الغير فلا يكون الا بتوافر شرطين هما : قبول المدين للحوالة ، او اعلانه بها . ونصت على الشرطين المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي ( مادة ٣٠٥ مدني مصري ) .

والغير في حوالة الحق يقصد به كل من لم يكن طرفا في عقد الحوالة . ويشمل المدين وإى شخص آخر غير المحيل والمحال له .

ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير - حسبما يقضى النص السابق - الا بقبول المدين للحوالة و اعلانه بها . وهذا منطقي اذ لا يتصور التزلم

MARTY et RAYNAUD : op. cit.

(9) r. aussi : MAZEAUD : op. cit., n. 1256, p. 1140 et n. 1258, p. 1141,

(١٠) مثال ذلك أيضا حظر أئتمن حوالة الحق في تعويض اضرار الحرب

MAZEAUD : op. cit. . ص ٣٦٠ ، رقم ٣٦١ ، المرجع السابق .

المدين بالفناء للمحال له بدلا من الدائن المحيل الا اذا كان يعلم بالحالة [ج]  
والعلم بها يكون بقبوله لها او اعلانه بها .

#### ٢٤١ - وعن قبول المدين للحالة :

يلاحظ ان هذا القبول باعتباره شرطا لنفاذ الحالة في مواجهة الغير  
يختلف تبعا لما اذا كان هذا الغير هو المدين او شخص آخر . فاذا كان للغير  
هو المدين فان مجرد قبوله للحالة يكفي لسريانها ونفاذها في حقه .

اما اذا كان مقصود الغير هو كل شخص لم يكن طرفا في عقد الحالة غير  
المدين فلا تنفذ الحالة في حقه الا بقبول المدين لها وان يكون هذا القبول ثابت  
التاريخ ونصت على ذلك المادة ٣٦٦ مدني كويتي سابقة الذكر .

ولا يشترط شكل خاص في قبول المدين للحالة ، فيمكن ان يكون القبول  
محدونا على عقد الحالة او في محرر مستقل .

ولنسا على قبول المدين للحالة باعتباره شرطا لنفاذها ملاحظتان  
نعتقد في اهميتهما :

#### الملاحظة الاولى :

كنا نفضل لو ان المشرع المدني قد تكلم عن علم المدين بالحالة حتى  
تكون نافذة في مواجهة الغير وان العلم يتحقق بقبول المدين لها لضافة الى اعلانه  
بها بطبيعة الحال . وذلك بدلا من استخدام لفظ « قبول » لان هذا اللفظ  
قد يثير في الازمان (١٢) أن ثمة دورا لهذا المدين في عقد الحالة ذاته وهذا  
غير صحيح على ما ذكرنا . لذ ان دوره سلبي بحث .

#### الملاحظة الثانية :

نود أن ننبه من خلالها الى ان قبول المدين للحالة يجب أن يفهم في  
حدود مقصوده ولا يحمل باكثر مما يعني . فقبول مثل هذا لا يعني أكثر من  
أنه مجرد اعتراف من المدين بوقوع حالة حق الدائن قبله الى شخص آخر .  
وعلى ذلك فليس لهذا القبول دلالة ومعنى في اعتراف المدين بالدين .  
وبعبارة أخرى ، أن قبول المدين للحالة طريق يتحقق باقتضاء علمه بها  
ولا يعني اعترافه بالدين .

---

(١٢) ونص المادة ٣٦٦ مدني كويتي كالآتي « لا تكون الحالة نافذة ..... »

الا اذا قبلها المدين او اعلنت له ، على ان نفاذها ..... بقبول المدين ..... » . ولانص  
مطابق للمادة ٣٠٥ مدني مصري .



يكون اعلان الدين بالحوالة بائى ورقة رسمية مثل ورقة التوكيف بالحضور ، يتم اعلانها بطلب التحيل أو المحال له (١٣) . وعلى ذلك فلا يجوز الاعلان بخطاب بوصف عليه ولو في المسائل التجارية (١٤) .

٢٤٣ - ويجدر التنويه الى ان المشرع قد يتشدد في شروط نفاذ الحوالة في حق الغير فلا يجعل مناطه مجرد قبول الدين أو اعلانه بها بل يستوجب اضافة الى ذلك اجراء آخر . مثال ذلك لو كان الحق المحال به مضمونا برهن ، فان حوالة هذا التامين لا تنفذ في حق الغير الا اذا تم للتأشير بها على هامش القيد الاصلى للرهن . وقد نصت على هذا الحكم المادة ٩٣٣ منى كويتى في فقرتها الثانية وتضى بأنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد الا اذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الاصلى وهو الحكم الذى نصت عليه ايضا المادة ١٠٥٣. من القانون المبنى المصرى في فقرتها الثانية .

ونود ان نشير اضافة الى ما تقدم ايضا ان هناك حالات لم يستوجب المشرع قبول الدين أو اعلانه بحوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر حتى تكون هذه الحوالة نافذة في حق الغير . ويظهر ذلك في محيط الاوراق التجارية مثل الكمبيالة . اذ يمكن تحويلها بمجرد التظهير . ليس هذا فحسب بل يمكن أن ينتقل ملكية الحق الثابت فيها بمجرد التسليم اذا كانت لحاملها .

#### ٢٤٤ - العلم الفعلى لا يغنى عن القبول أو الاعلان :

راينا ان حوالة الحق لا تكون نافذة في حق الغير الا بقبول الدين لها أو اعلانه بها . وعلّة ذلك كما ذكرنا ان المنطق يقضى بأن يكون الدين على علم بالمحال له الذى حل محل الدائن .

اما وقد حدد المشرع طريقتين للعلم مما للقبول والاعلان ، فائنا نتساءل عن قيمة العلم الفعلى ؟

MAZEAUD : op. cit. m. 1280, p. 1142.

(١٣)

MARTY et RAYNAUD : op. cit. m. 809, p. 812.

(١٤)

MAZEAUD : op. cit.

فإذا علم المدعى بالحالة فعلا دون قبوله لها أو إعلانه بها هل تتقيد في حق  
 الغير على المعنى المتقدم لذلك ؟ في تقديري ، إن العلم القطعي لا يقوم مقام العلم  
 عن طريق القبول والإعلان . ذلك أن علما مثل هذا ، ومهما استطاع ذو المصلحة  
 أن يثبت به ولو اقترن به المدعى نفسه ، ليس كافيا لإنفاذ الحالة في حق الغير .  
 إذ متى رسم القانون طريقا محدودا للعلم بتصرف معين فلا يجوز استظهار  
 العلم إلا بهذا الطريق (١٥) .

## البحث الثاني

### آثار حوالة الحق

٢٤٥ - طائفتان من الآثار :

نفرد بشأن آثار حوالة الحق طائفتين لهذه الآثار :

الطائفة الأولى : ونقتول فيها آثار حوالة الحق بين طرفيها للحيل  
والحال له .

الطائفة الثانية : ونبرز فيها آثار هذه الحوالة في العلاقة بين طرفيها  
من جهة والغير من جهة أخرى .

ونبحث آثار حوالة الحق بين طرفيها أولا ، ثم نبحث آثارها بالنسبة  
للغير ثانيا ، ونخصص لكل منهما مطلباً .

#### المطلب الأول

#### آثار حوالة الحق بين طرفيها

٢٤٦ - أولا - انتقال الحق :

يمثل الأمر الجوهري لحوالة الحق ، في انتقال الحق الحال به من الحال  
إلى الحال له . والحق ينتقل على هذا النحو بما يلزمه من صفات  
وما يلحقه من توابع وما يضمه من تامينات . هكذا كان تعين المادة ٣٦٨  
مبنى كويتي الحق الذي ينتقل كآثار الحوالة . وبهذا الحكم تختلف عن النص

التقابل من القانون الجنى المصرى . لذنصت المادة ٣٠٧ منه على ان حوالة الحق تشمل ضماناته مثل الكفالة والرحن والامتنان كما تشمل ما حل من فوائد . والاختلاف للجورمى بين النصين يتمثل فى جانب منه فى ان النص الكويتى قد استبعد شمول الحوالة لها اسماء للنص المصرى « فوائد » وذلك جريا على احكام الشريعة الاسلامية فى تحريم الفوائد الربوية . هذه الاحكام التى يعد النص المصرى مخالفا لها بكل تأكيد . اما لتجنب الاختلاف للجورمى بين النصين فيبرز اذا ادركنا افعال النص الكويتى لشمول حوالة الحق للاسقاط . وجاء فى تبرير الفكرة الايضاحية للقانون الجنى الكويتى ان ذلك بان القواعد العامة تقتضى شمول حوالة الحق للاسقاط دون حاجة الى نص خاص عليه (١٦) وبذلك يتبين ان هذه التهجىات تجد جزأ من أصل الحق .

حق المعلن ( المعلن ) ينتقل بميلاته الى المعلن . فاذا كان تجاريا او معنيا انتقل كذلك .

واذا كان حق المعلن مضمونا بيمين او كفالة او امتياز انتقل لضمان مع الحق على اثر حوالته (١٨) .

## ٢٤٧ - ثانيا : التزام المعلن بضمان وجود الحق :

اذا كانت الحوالة بموضع ، لزم المعلن بضمان وجود وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . اما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المعلن ضامنا حتى لوجود الحق ( مادة ٣٧١ مضمون كويتى - مادة ٣٠٨ مضمون مصرى ) وهو الحكم الذى نصت عليه ايضا المبالغة ١٦٩٢ مضمون فرنسى (١٩) . وبناء على ذلك يضمن المعلن اذا لم يوجد الحق وقت الحوالة او كان موجودا وانقضى لى سبب وقت الحوالة . ولا يضمن اذا وجد الحق وقت الحوالة وانقضى فيما بعد لى سبب مثل التسلخ . لا يضمن المعلن ايضا - اذا كانت الحوالة بغير عوض - حتى وجود الحق

(١٦) للفكرة الايضاحية للقانون الجنى الكويتى ، من ١٩١ .

(١٧) راجع لى اللغة الفرنسى : SAVATIER : op. cit., n. 257, p. 327 .

(١٨) راجع حكم المادة ١٦٩٢ مضمون فرنسى ، راجع

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 812, p. 821.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 814 p. 815.

(١٩) راجع

ويلاحظ أن بعضاً من أحكام الضمان السابقة لا يتعلق بالنظام العام إذ يمكن الاتفاق على مخالفة حكمها أما بالتشديد أو للتخفيف وفي مجال تشديد الضمان يمكن الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار الدين . وفي هذا تقول المادة ٣٧٢ من القانون المدني الكويتي « إذا ضمن المحيل يسار الدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك ( راجع مادة ٣٠٩ مدني مصري ) »

ومفهوم هذا النص في تقييدنا يذهب باستعمال ( إذا ) الشرطية في صدره إلى أن ضمان المحيل ليسار الدين يتقرر بالاتفاق عليه وليس مصدره هذا النص لأن أداة الشرط في صدر النص يعني أن الأمر متروك لأرادة الطرفين في حوالة الحق . وفي حالة الاتفاق على هذا النوع من الضمان ، فإن ضمان المحيل ليسار الدين يجب ألا يتجاوز وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . وكان ألفص - وقد أجاز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار الدين - حدد هذا الضمان في مده من حيث المبدأ وحصره في وقت الحوالة . وإذا أراد الطرفان مدي أكثر بعداً لهذا الضمان تعين تحديده في الاتفاق المضيء لهذا النوع من الضمان . وفي الحقيقة ، أن ما دفعنا إلى تفسير النص الكويتي المذكور على الوجه المتقدم ، ما قد تنيره عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » التي جاءت في عجز النص من أن ضمان المحيل ليسار الدين قد تقرر بهذا النص ويمكن الاتفاق على مخالفته (٢٠) .

وفي مجال الاتفاق على تشديد أحكام الضمان بصفة عامة ذهب رأى في الفقه المصري إلى القول بأن من صواب ذلك الاتفاق على أن المحيل يضمن وجود الحق وقت الحوالة إذا كانت بغير غش (٢١) . ويكفي أن نشير في

---

(٢٠) ونرى في صياغة النص المصري الوضوح أكثر لا قال في المادة ٣٠٩ من القانون المدني :

« ١ - لا يضمن المحيل يسار الدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

٢ - إذا ضمن المحيل يسار الدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك ، »

ونعتقد أن هذه الصياغة لها من الوضوح ما يجنبها اللبس الذي يمكن أن يثيره النص الكويتي .

(٢١) راجع . محمد ليبيب شخب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٧ ، ص ٣٦٦ .

هذا الصدد الى أن جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان لانها لا تنطبق بالنظام العام هو أمر يرجع فيه الى النصوص المتضمنة لأحكام الضمان ومعرفة ما اذا كان المشرع قد اجاز الاتفاق على ما يخالفها ام لا . وإذا رجعنا الى النص في القانون المدني الكويتي ( مادة ٣٧١ ) والنص المصري المقابل ( مادة ٣٠٨ ) وهما متماثلان في الحكم تصاماً لوجدنا المشرع في البلدين يجيز في الفقرة الأولى من النصين الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان الواردة في هذه الفقرة فقط ، وتخص ضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بموضوع . اذ قال بعد أن أورد أحكام هذا الضمان على هذا النحو : « ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » أما للضمان في الحوالة التبعية بغير عوض فقد تكلم عنه المشرع في البلدين في الفقرة الثانية من النصين المذكورين قسولاً بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق . دون أن يتبع ذلك بعبارة « ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك » ، وخلاصة ذلك كله أن جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان وقرره مقرر شرع البلدين في الفقرة الأولى من النصين هو الأمر يقتصر على أحكام الضمان الواردة في هذه الفقرة فقط ولا يمتداه الى حكم الضمان الوارد في الفقرة الثانية من النصين بخصوص الحوالة التبعية ولذا لا يجوز الاتفاق على حكم يخالفه . وبعبارة أخرى فإن القاعدة الخاصة بضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بموضوع هي قاعدة مكملة . أما القاعدة الخاصة بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق اذا كانت الحوالة بغير عوض فهي قاعدة أمرة .

أما بالنسبة للاتفاق على تخفيف أحكام الضمان فمن صورة الاتفاق على أن المحيل لا يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة اذا كانت هذه الحوالة بموضوع .

#### ٢٤٨ - ثانياً : ضمان المحيل لفعله الشخصي :

يضمن المحيل للمحال له اضافة الى ما تقدم فعله الشخصي . وفي هذا تنص المادة ٣٧٤ مدني كويتي على ما يأتي : « يكون المحيل مسؤولاً عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض ، ويتضح من النص أن فحوى الالتزام بالمحيل بضمان فعله الشخصي إنما يتمثل في وجوب الامتناع عن أي عمل يضر بالمحال له كما لو أدى عمله هذا الى منح المحال له أو تعويقه عن الحصول على الحق من المحال عليه . ويتحقق ذلك لو لجأ المحيل الى مطالبة المحال عليه بعد إبرام الحوالة .

ويلاحظ أن ضمان المحيل لفعله للشخصي يقوم سواء كانت الحوالة  
بعموض أو بغير عموض .

إضافة الى ذلك ، فإن هذا الضمان يقوم ولو اشترط المحيل في الحوالة  
عدم ضمان فعله للشخصي . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ مدني  
كويتي على بطلان مثل هذا للشرط . وفي القانون المدني المصري وردت أحكام  
ضمان المحيل لفعله للشخصي في المادة ٣١١ وتتفق مع النص الكويتي .

#### ٢٤٩ - رابعا : جزء اخلال المحيل بالتزامه بالضمان :

إذا اخل المحيل بأحكام الضمان التي ذكرناها في البند ثانيا بخصيص  
ضمان وجود الحق وضمان يسار الدين ورجع الحال له عليه فإن المحيل  
لا يلتزم ، إلا برد ما أخذه من الحال له مع المصروفات ولو وجد اتفاق  
يقضى بخفض أكثر من ذلك ، . هكذا نصت المادة ٣٧٣/١ مدني كويتي .

وتجدر - الإشارة الى أن هذا النص الكويتي بفقرته الأولى هذه إنما  
يختلف عن النص المصري المقابل من اللقنن المدني بخصوص الحالة التي نحن  
بصددها حيث يخل المحيل بضمان وجود الحق أو ضمان يسار الدين .

اذ قال المشرع المصري في المادة ٣١٠ بأن المحيل لا يلتزم ، إلا برد ما  
استولى عليه من الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، .  
والمعنى الواضح للنص المصري يلزم المحيل برد ما أخذه إضافة الى الفوائد  
والمصروفات . ويختلف بذلك عن النص الكويتي الذي لم يضمن النص للتعلم  
المحيل برد الفوائد جريا على أحكام الفقه الاسلامي الذي يحرم ذلك .

وفي اخلال المحيل بضمان وجود الحق أضاف نص المادة ٣٧٣ في  
فقرته الثانية حكما لم ينص عليه المشرع المصري ويخص علم المحيل بمحم  
وجود الحق بخمسة الدين . حيث أوجب للنص على هذا المحيل تعويض  
الحال له حسن النية عما أصابه من ضرر من جراء ذلك . إضافة الى ما يلتزم به  
هذا المحيل وفقا لأحكام الفقرة الأولى من هذا النص .

## المطلب الثاني

### آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

٢٥٠ - رأينا أن حوالة الحق تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها وفي هذا الاطار تترتب آثارها بينهما . أما بالنسبة للغير فحوالة الحق لا تكون نافذة إلا إذا علم بها المدين والعلم يتحقق أما يقبوله لها أو اعلانه بها من المحيل أو الحال له . وفي هذا الاطار يكون بحث آثارها بالنسبة للغير فتتكم أولاً عن آثار هذه الحوالة بالنسبة للغير قبل نفاذها أي في الفترة ما بين انعقادها من جهة وعلم المدين بها بالقبول أو الاعلان من جهة أخرى . ثم نتكلم عن آثارها بالنسبة للغير أيضاً لكن بعد نفاذها .

ونتناول ذلك في فرعين على التسوالي :

### الفرع الأول

#### آثار حوالة الحق بالنسبة للغير قبل نفاذها

٢٥١ - ذكرنا أن حوالة الحق لا تكون نافذة في مواجهة الغير إلا إذا علم بها المدين . والعلم بها طريق من اثنين أما قبول المدين لها أو قيام المحيل أو الحال له باعلانه بها . فإذا لم يتم ذلك لا يترتب على حوالة الحق أي أثر بين المحيل والحال له من جهة والغير من جهة أخرى . ومعنى ذلك عدة نتائج هامة يجب أن نبرزها :

١ - يظل المحيل هو صاحب الحق الحال به إذن هو الدائن ومن ثم لا يعتبر الحال له دائناً في مواجهة الغير .

وعلى ذلك فإنه يمكن للمحيل أن يطالب المدين بالوفاء ، وإذا عرضة الأخير يستطيع الأول أن يقبله . وتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء .

٢ - إضافة إلى ذلك ، ولما كان المحيل والحالة هذه - المدين لم يقبل الحوالة ولم تعن إليه - هو صاحب الحق الحال به في مواجهة الغير فلا يسره من شسك في أنه يستطيع أن يتمرغه في الحق الحال به كما لو قام بموافقة إلى شخص آخر ( محال له ثان ) .



٣ - وترتيباً على ما تقدم ، فإن الحق المحال به يظل بالنسبة لدائني المحيل في ذمة الأخير ويجوز لهم الحجز عليه بخلاف دائني المحال له فلا يجوز لهم توقيع مثل هذا الحجز لأنه لم يصبح دائناً . إذ الحق المحال به ما زال في ذمة المحيل . واستثناه على ذلك نصت المادة ٣٦٧ منى كويتي ( ٣٠٦ منى مصرى ) على ما يأتى : « يجوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة في حق الدين والغير ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على الحق المحال به ، كما لو أقدم على تجديد قيد رهن ضمن الدين » .

٤ - يستطيع الدين أن يمتنع عن الوفاء للمحال له ولو كان يعلم فعلاً بالحوالة فالمحال له لا يعد دائناً بالنسبة للغير على نحو ما ذكرنا . المسلم به أن الدين من الغير لأنه ليس طرفاً في حوالة الحق .

## الفرع الثاني

### آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد إنمائها

٢٥٢ - بقبول الدين للحوالة أو اعلانه بها ، تكون نافذة في حق الغير ويترتب على ذلك الآثار الآتية :

- ١ - يكون المحال له دائناً ومن ثم تنزل عن المحيل صفة الدائن .
- ٢ - يكون المحال له باعتباره دائناً أن يستوفى للحق المحال به كما يكون له أن يتصرف فيه .
- ٣ - يكون لدائني المحال له - دون دائني المحيل - حق الحجز على الحق المحال به .
- ٤ - يلتزم المحال عليه بالوفاء للمحال له .

٥ - يكون للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفعات التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه . كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة به في مواجهة المحيل ( مادة ٣٧٠ منى كويتي ) .

ويعنى هذا النص في المقام الأول ، أن كل دفع كان للدين المحال عليه أن يتمسك به - وقت نفاذ الحوالة في حقه - في مواجهة المحيل كان له أن يحتج به في مواجهة المحال له . فوقت نفاذ الحوالة في حق الدين مسو المعيار في بيان الدفع التي يجوز للأخير أن يتمسك بها قبل المحال له . فكل

دفع كان يحق للمدين أن يتمسك به قبل هذا الوقت يكون في وسعه أن يدفع به ضد الحال له كالدفن بالبطلان أو بجيب من عيوب الرضا أو بسبب انقضاء الالتزام . ويكفي في هذا الصدد أن يكون سبب الدفع قد نشأ قبل نفاذ الحوالة حق الدين حتى لو ترتب حكمه بعد ذلك (٢٢) .

إضافة إلى ذلك ، وبصراحة النص ، يجوز للمدين أن يتمسك بالدفع الخاصة به كالتفاسد بينه وبين الحال له .

وعن أثر قبول الدين للحوالة على ما يتمسك به من دفع ، فليس من شأن هذا القبول أن يفترض نزول الدين عن حقه في التمسك بدفع كان له ضد الحال له .

#### ٢٥٢ - التزام في حوالة الحق ومصوره :

وفي مجال آثار الحوالة بالنسبة للغير ، قد يحدث التزام بين أكثر من حال له وقد يحدث للالتزام بين حال له ودائن حاجز .

#### ٢٥٣ - التزام بين الغير المحال لهم :

قد يحدث أن يقوم الدائن ، وقبل نفاذ الحوالة بقبول الدين أو اعلانه ، بتحويل ذات الحق إلى شخص آخر يعلن بها الدين فوراً أو يسمى للحصول على قبوله بمرحلة . القاعدة في هذه الحالة نصت عليها المادة ٣٧٥ منى كويتى ( مادة ٣١٣ منى مصرى ) ومؤداهما أنه إذا تعبدت الحوالة بحق واحد قدمت الحوالة التي تكون أسبق في نفاذها في حق الغير . وتبعاً للحالة المذكورة تقدم الحوالة الثانية .

#### ٢٥٤ - التزام بين حال له ودائن حاجز :

وقد يحدث أن يقوم دائن للمحل بتوقيع الحجز على حقه لدى المدين المحال عليه . وفي هذه الحالة تفرق بين غرض ثلاثة :

#### الفرض الأول :

وفيه تسبق الحوالة الحجز من حيث نفاذها في حق الغير . ويفضل المحال له ويختص بكل الحق له لأن الحجز وقد جاء بعد نفاذ الحوالة

وانتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له يكون قد ورد على حق غير مملوك للمحجوز عليه .

### الفرض الثاني :

أن يكون الحجز سابقا على نفاذ الحوالة في حق الغير . وفيه يكون المحال له بمثابة حاجز ثان . ويتقسم مع الحاجز الأول للدين قسمة غرماء . ( مادة ١/٣٧٦ مدنى كويتى - مادة ١/٣١٤ مدنى مصرى ) .

### الفرض الثالث :

أن تقع الحوالة بين حجزين . وذلك بأن يوقع دائن الحجز على حق المحيل لدى المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير . وبعد نفاذها يقوم دائن آخر بتوقيع حجز ثان لدى المحال عليه .

في هذا الفرض ينقسم الدين قسمة غرماء بين الثلاثة : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر على أن يؤخذ من حق الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال ( مادة ٢/٣٧٦ مدنى كويتى - مادة ٢/٣١٤ مدنى مصرى ) .

### مثال تطبيقي :

لو افترضنا أن دائنا له في ذمة الدين ١٢٠٠٠ ريال . قام بتحويلها كلها الى شخص آخر ( محال له ) وقبل نفاذ الحوالة وقع دائن المحيل حجرا على الحق المحال به تحت يد الدين المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال . وبعد نفاذ الحوالة حجز دائن آخر للمحيل تحت يد المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال . ينقسم الدين ابتداء قسمة غرماء بين ثلاثة هم : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر . ونتيجة القسمة : حصول الحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال والحاجز المتأخر على ٣٠٠٠ ريال والمحال له على ٦٠٠٠ ريال . ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال . وتكون النتيجة النهائية حصول المحال له على ٩٠٠٠ ريال والحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال ولا يحصل الحاجز المتأخر على شيء .

إضافة الى ذلك ، يمكننا أن نفترض - في حدود المثال السابق - أن الحوالة كانت بمبلغ ٦٠٠٠ ريال فقط . ينقسم للدين ابتداء قسمة غرماء بين الثلاثة ويحصل كل منهم على ٤٠٠٠ ريال ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال . وتكون النتيجة حصول المحال له على حقه كاملا وهو ٦٠٠٠ ريال وحصول الحاجز المتقدم على ٤٠٠٠ ريال ولا يبقى للحاجز المتأخر سوى ٢٠٠٠ ريال .

## ٢٥٤ - حوالة الحق في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

اولا : في جواز حوالة الحق ولتقديدها نصت المادة ٢٩٠ من المشروع على ما يأتي : « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ونظم الحوالة دون حاجة إلى رضا الدين » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٤ من القانون المدني الكويتي .

وفي شروط هذه الحوالة أيضا نصت المادة ٢٩١ من المشروع على أنه « لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز » ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من القانون المدني المصري الحالي ، مع استبدال لفظ « بمقدار » بلفظ « بمقدار » والمادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا المادة ٣٦٥ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : وعن نفاذ حوالة الحق نصت المادة ٢٩٢ من المشروع على ما يأتي : « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدين أو في حق الغير إلا إذا قبلها الدين أو أعلن بها » على أن نفاذها في حق الغير يقبله الدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابتا للتاريخ » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « في حق » بلفظ « قبل » ، والورد في النص الحالي « كما تطابق هذه المادة المقترحة من المشروع المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي » .

ثالثا : وفي آثار الحوالة بالنسبة للغير ، نصت المادة ٢٩٣ من المشروع على أنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » ، والمادة تطابق المادة ٣٠٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٧ من القانون المدني الكويتي .

رابعا : وعن آثار حوالة الحق بين طرفيها ، نصت المادة ٢٩٤ من المشروع على ما يأتي : « ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته وتوابعه وضمائنه ..... وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من أقساط » ، والمادة تطابق المادة ٣٠٧ من القانون المدني المصري الحالي ، مع ملاحظة أن لفظ

٢٠ فوائده ، للورد بها قد حذف من المادة المقترحة للمشروع . كما تطابق  
هذه المادة المقترحة المادة ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٢٩٥ من المشروع على انه « يجب على المحيل ان يسلم  
الى المحال له سند للحق المحال به ، وأن يقدم له وسائل تثبت هذا الحق ،  
وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من استيفاء حقه » ، والنص مستحدث  
ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي . ولكنه يطابق نص المادة ٣٦٩  
من القانون المدني الكويتي .

خامساً : أما المادة ٢٩٦ من المشروع فتعالج آثار حوالة الحق بالنسبة  
للغير بعد نفاذها ونصها كالآتي : « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع  
التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، أن يتمسك بها قبل المحيل ، كما  
يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » ، وهذه المادة  
تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق في الحكم  
المادة ٣٧٠ من القانون المدني الكويتي .

وتواجه المادة ٢٩٧ من المشروع اثراً من آثار حوالة الحق بين  
طرفيها ويتعلق بالتزام المحيل بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة .  
والمادة يجرى نصها على النحو التالي :

١ - إذا كانت الحوالة بموضوع فلا يضمن المحيل الا وجود الحق  
المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد لتفاد يقضى بغير ذلك .

٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى  
لوجود الحق ، .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدني المصري الحالي ،  
كما تطابق المادة ٣٧١ من القانون المدني الكويتي .

سادساً : وتقرر المادة ٢٩٨ من المشروع ما اطلقنا عليه من قبيل  
وسيلة من وسائل تشجيع التزام المحيل بالضمان وتقتضي بضمانه يسار  
المدين . وتنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن المحيل بضمان المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على  
هذا الضمان .

٢ - وإذا ضمن المحيل يسر الدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت للحالة ما لم يتفق على غير ذلك .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من القانون المدني المصري الحالي .  
كما تطابق في الحكم المادة ٣٧٢ من القانون المدني الكويتي . ونذكر هنا بمقارنة جئنا بها من قبل بين ذلك النص من القانون المدني المصري الحالي وهذا النص الكويتي من حيث الصياغة . وفضلنا من خلالها صياغة النص المصري . ونصل من ذلك ايضا الى تفضيل نص المادة المقترحة من المشروع سالفه الفكر .

وعما تناولناه من قبل جزءا لاخلال المحيل بالتزامه بالضمان ، نصت المادة ٢٩٩ من المشروع على انه « اذا رجح الحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا بحد ما أخذه من الحال له مع المصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، »

وهذه المادة تقابل المادة ٣١٠ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة ان نص المشروع قد استبدل عبارة « ما أخذه » بعبارة « ما استولى عليه » . كما حذف من نص المشروع لفظ « الفوائد » . وهذه المادة المقترحة من المشروع ، تطابق أيضا الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من القانون المدني الكويتي .

سابقا : وتولج المادة ٣٠٠ من المشروع أيضا اثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويخص التزام المحيل بضمان فعله للشخصي والمادة نصها كالآتي : « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان ، »

وهذه المادة تطابق المادة ٣١١ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق في حكمها المادة ٣٧٤ من القانون المدني الكويتي .

ثامنا : وتقرر المادة ٣٠١ من المشروع للحكم في حالة التزام بين الغير الحال له في حالة التمسك . ونصها كالآتي :

« اذا تعدت الحوالة بحق ولحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل .  
غيرها نافذة في حق الغير ، »

وهذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق أيضا المادة ٣٧٥ من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٣٠٢ من المشروع فتولجج حالة أخرى من حالات التزلم مى حالة للتزلم بين محال له ودلئن حاجز والمادة نصها كما ياتى :

١ - اذا وقع تحت يد المحلل عليه حجز قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفى هذه الحالة اذا وقع حجز آخر بعد ان أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والحال له والحاجز المتأخر تسمة عوهم ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به الحال له قيمة الحوالة .

وحذه المادة تطبق المادة ٣١٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٣٧٦ من القانون المدنى الكويتى . ونحننا تطبيقات التزلم فيها سبق :

## المبحث الثالث

### حوالة الحق في الفقه الاسلامي

٢٥٥ - الحوالة تطبيق لنصوص آمرة في الشريعة وليست اجتهدا فقهيا :

ذهب البعض الى القول بأن الشريعة الاسلامية لم تعرف من الحوالة سوى حوالة الدين دون حوالة الحق<sup>(٢٣)</sup> وفي الرد على ذلك ، يقول العلامة السنهوري انه ليس صحيحا أن الفقه الاسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق والا كان هذا يدعا في تطور القانون<sup>(٢٤)</sup>

وفي الحق ، فان احكام الحوالة في الفقه الاسلامي ليست اجتهدا فقهيا بقدر ما هي تطبيق لنصوص أمرة في الشريعة الإسلامية : مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام « مثل الفنى ظلم ولذا أتبع أحكمكم على مليء » فليتبع ، ومن هنا نقول ان الشريعة الاسلامية قد عرفت فيها حوالة الدين وحوالة الحق . ونعرض لحوالة الحق في الفقه الاسلامي في اطار بيع الدين وهبته<sup>(٢٥)</sup>

٢٥٦ - حوالة الحق في اطار بيع الدين وهبته عند المالكية :

في هذا الاطار ، فالفقه المالكى قد أجاز بيع الدين وهبته . جاء في قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى المالكى « في بيع الدين ، فمن كان له

---

(٢٣) راجع : حسن النون ، احكام الالتزام في القانون المدني العراقي ، ص ٢٠٧ راجع أيضا : صبحي محمدي ، للنظرية العامة للموجبات والقيود في الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٩٦ وما بعدها .

(٢٤) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢١ - ٤٢٢ ويجدر بنا هنا وللتصانيف ان نبرز رأيا ذهب الى القول بأن الصلابة السنهوري قد أنكر معرفة الفقه الاسلامي لحوالة الحق راجع : ملخص اعمده د- عيسى عبده عن دراسة العقد الحوالة قامت باعدادها موسوعة الفقه الاسلامي بلكويت ونشرت عام ١٩٩٠ هـ . والخص منشور في مجلة يضم مجموعة البحوث المتممة للمؤتمر الاسلامي الذي عقد في جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ . ونشرت للجامعة المطبوعة سنة ١٤٠١ هـ : ص ١٩٩ وما بعدها . ولا ندري من اين أتى صاحب هذا الرأي بذلك : فالمعاملة يقول غير ذلك بيقين . ولم ينكر معرفة الفقه الاسلامي لنوعى الحوالة . ليس هذا لحجب بل ان هذا للرأي قد ذهب - على غير حق ودون أسس - الى ان السنهوري قد ذهب الى ان الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقا لا في الحق ولا في الدين .



دين على آخر فلا يجوز أن يبيعه إلا بشرطين : أحدهما أن يقبض ما يبيعه به من غير تأخير لئلا يكون بيع دين بدين . الثاني أن يكون ما يأخذ في الدين مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذي أسلمه إلى الدين « (٢٥) » .

وجاء فيه أيضا « وتجوز هبة الدين خلافا للشافعي » (٢٦) .

وما نود أن ننبه اليه هنا ، أن بيع الدين لدى المالكية الذي يتضمن ما نسميه في القانون حوالة حق ، هو بيع الدين من غير الدين . وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة (٢٧) . وهبة الدين أيضا وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، يلاحظ فيها أنها هبة دين من غير الدين .

٢٥٧ - أما المذاهب الأخرى فلا يجوز فيها بيع الدين إلا ممن عليه الدين (٢٨) . فالأصل عند الأحناف أن تملك الدين من غير من عليه الدين باطل سواء كان التملك بموضع ( بيع الدين ) أو بغير عوض ( هبة الدين ) (٢٩) وعند الحنابلة ، نجد المادة ٢٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تنص على أنه « لا يصح بيع الدين بالدين مطلقا سواء كانا حاليين أو مؤجلين أو مختلفين » .

وتنص المادة ٢٩٣ من نفس المجلة على أنه « لا يصح بيع الدين لغير من هو عليه » ويصح بيعه للمدين بثمن حال مقبوض في المجلس ..... ،

---

(٢٥) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨١ .

(٢٦) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٩٨ .

(٢٧) راجع ، للمسنوري ، الوسيط ، ج ٣ ، علمش (٢) ص ٤٣٥ . ويرى في بيع الدين من غير الدين وفاء مع الطول أو وفاء للدين بمقابل صادر من غير الدين .

ويقول ابن جزى في موقع آخر ( ص ٣١٧ ) : لا يجوز بيع الدين بالدين مثل أن يبيع ديننا له على رجل من رجل آخر بالتأخير .

ويقسم ابن جزى الحوالة إلى ثلاثة قطع وحالة ابن . راجع ص ٣٥٥ من قوانين الاحكام الشرعية .

(٢٨) للمسنوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٣٤ - ٤٣٦ .

(٢٩) الاشياء والنظر لابن بختيم ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٤ . واستثناء على ذلك جوز الحنفية للبايع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة إلى دافئه ( م ٢٥٢ من الاحكام المتعلية - م ٤٢٤ من مرشد الحيران ) وعليه فإن حوالة الحق هنا هي عبارة عن انتقال دين لآخر .

وعلى أية حال ، فقد جاء في كشف القناع « وليست الحوالة بيعاً ، لأنها لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين . ولما جاز التفريق قبل القبض . لأنها بيع مال الربا بجنسه . ولجازت بلفظ البيع ، وبين جنسين كالبيع كله . ولأن لفظها يشعر بالتحويل . وليست أيضاً في معنى البيع ، لعدم العين فيها ، بل الحوالة تنقل المال المحال به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه لما سبق من أنها مشتقة من التحول أو التحويل وفيها شبه بالمعامضة من حيث أنها دين بدين وشبه بالاستيفاء » (٢٠) .

وعند الشافعية ، قال السيوطي أنه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعاً واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال » (٢١) إلا أن الإمام الشافعي يقول في الأم « فالحوالة معقول فيها أنها تحول حق على رجل إلى غيره » (٢٢) وهو ما ذكره صاحب المذهب من أنه « إذا أحال بالدين لنقل الحق إلى المحال عليه وورثت ذمة المحيل لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وإيهما كان تبرأ به ذمة المحيل » (٢٣) ولعل في القولين الآخرين ما يبرر للذهن تلمس حوالة الحق فيها .

#### ٢٥٨ - بعض تطبيقات حوالة الحق في الفقه الإسلامي :

ومهما يكن من أمر ما تقدم ، فلا أحد يستطيع أن يفكر ببعض التطبيقات البارزة لحوالة الحق في الفقه الإسلامي بصفة عامة ونحاول أن نستظهرها . ومنها ما جاءت به مجلة الأحكام المحلية من أنه يجوز للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل قبضه وذلك عن طريق الحوالة . وورد في المادة ٢٥٢ منها متعلّقاً بذلك « ..... مثلاً لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه » . وبخصوص الهبة ، نصت المادة ٨٤٨ من مجلة الأحكام المحلية على أن « من وهب دينه الذي هو في ذمة أحد آخر وأذنه صراحة بالقبض ، بقوله أذهب فحده ، فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة » .

وبخصوص الهبة أيضاً ، أجاز المالكية هبة الدين على ما ذكرنا من قبل . وأجازوا أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي وبصفة تقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهبة والمطية . ومعنى ذلك أنه لو وهب شخص دينه الذي في ذمة أحد آخر صح (٢٤) .

(٢٠) كشف القناع عن معن الاقتناع ، للمبهورى ، مشار إليه من قبل ، الجزء

لثالث ، ص ٣٨٣ .

(٢١) الاستباه والفظائر ، للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٣٠ . وانظر أيضاً ص ٤٦١ .

(٢٢) الأم للأمام الشافعي ، الجزء السابع ، للنشر مكتبة الكليات الأزهرية ، للطبعة

الأولى ١٢٨١ - ١٩٦١م ، ص ١١٨ .

(٢٣) المذهب الشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٤٥ .

(٢٤) راجع ، قولين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٩٧ - ٣٩٨ .

## الفصل الثاني

### حوالة الدين

#### CESSION DE DETTE

٢٥٩ - تعريف :

نصت المادة ١/٣٧٧ من القانون المدني الكويتي على ما يأتي :

« يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي الى ذمة المحال عليه » .

وحوالة الدين تبعا لذلك عبارة عن عقد يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قبل دائه الى شخص اجنبي يصير مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلا من المدين الأصلي<sup>(١)</sup> .

وهذا التعريف لحوالة الدين هو ما اظهرته بوضوح المادة ٣١٥ من القانون المدني المصري اذ قالت : « تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص اخر يتحمل عنه الدين » .

وعلى ما تقدم ، فالأصل انعقاد هذه الحوالة بين المدين الأصلي والغير . . صحيح ليس هناك ما يمنع من اتفاق الدائن والغير على حوالة الدين الا ان الصورة الاولى هي الغالبة<sup>(٢)</sup> .

والمدين الأصلي يسمى	المحال
اما الأجنبي فيسمى	المحال عليه
والدائن يسمى	المحال

(١) راجع

LE BRUN (A.) : Cession de dette Encycl. Juridique., op. cit.,

SAVTIER : op. cit., n. 269, p. 330-331.

(٢) قارن : لسنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٠٦ ، ص ٥٥٣ ، ويرى أن انعقاد

حوالة الدين يتم باتفاق الدائن والاجنبي وهذا هو الاصل .

## ٢٦٠ - تقسيم :

سوف نتناول دراستنا لحوالة الدين ثلاث مسائل : انعقاد الحوالة ،  
ثم نفاذها وفتح ذلك ببيان آثارها • ثم نعرض لموقف الفقه الاسلامي من  
حوالة الدين •

المبحث الأول : انعقاد حوالة الدين ونفاذها •

المبحث الثاني : آثار حوالة الدين •

المبحث الثالث : حوالة الدين في الفقه الاسلامي •

## المبحث الأول

### انقضاء حوالة الدين ونفاذها

٢٦١ - أولا : انقضاء الحوالة :

تتم حوالة الدين في صورتها الغالبة باتفاق بين المدين والغير على أن يتحمل الأخير بالدين بدلا من المدين الأصلي . لكن ليس هناك ما يحول دون أن تتم الحوالة باتفاق الدائن والغير ولكن سوف نكتفى بدراسة الصورة الغالبة وهي الأولى :

وحوالة الدين على للنحو المتقدم ، من العقود الرضائية . . إذ يكفي لانقضاءها تبادل للتعبير عن ارادتين متطابقتين هما : إرادة المدين الأصلي ( المحيل ) والغير ( المحال عليه ) فلا يشترط رضا الدائن لانقضاءها ، ولئن كان ضروريا لنفاذها (٢) . وقد تتم معاوضة أو على سبيل التبرع .

وتخضع حوالة الدين - شأنها في ذلك شأن أى عقد - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب إضافة إلى توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وتجدر الإشارة إلى أن تغيير المدين في حوالة الدين إنما هو أمر ينسجم بخطورة أكثر لو نظرنا إلى تغيير الدائن في حوالة الحق . بل إن الخطورة في الفرض الأخير لا تقارن بالفرض الأول . وليس من شك في أن ذلك يمكن أن يكون مسوغا لتقسيم الصورة الأخرى لحوالة الدين وتتم باتفاق الدائن مع المدين الجديد (٣) . ولذا نصت المادة ٣٧٩ من القانون المدني الكويتي على أن الحوالة تصح باتفاق الدائن والمحال عليه ، ولكن إذا لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقا لأحكام حوالة الدين (٤) .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣١٢ ، ص ٥٦٣ .

(٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣١٤ ، ص ٦٦٥ - ٥٦٦ ، وراجع هذه الصورة أيضا ، نفس المرجع ، رقم ٣٢٣ ، ص ٥٧٨ وما بعدها .

(٤) ونصت المادة ١/٣٢١ مدني مصرى على هذه الصورة لحوالة الدين .

## ٢٦٢ - ثانيا : نفلا الحوالة :

اذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فانها لا تكون نافذة في حق للدائن الا اذا اقرها . هذا ما نصت عليه المادة ١/٣٧٨ مدنى كويتى ( مادة ١/٣١٦ مدنى مصرى ) .

ويلاحظ ان المشرع لم يشأ أن يترك أمر قبول الحوالة ومن ثم نفاذها لهوى الدائن . فقد أجاز للمدين الأصلي والمحال عليه القيام بإعلان الدائن بالحوالة ودعوته الى اقرارها خلال أجل معقول يمين في الاعلان . فاذا انقضى الأجل دون أن يصدر هذا الاقرار من الدائن اعتبر سكوته رفضا للحوالة . هكذا نصت المادة ٢/٣٧٨ مدنى كويتى ( مادة ٢/٣١٦ مدنى مصرى ) (١) .

وليس لاقرار الدائن شكل خاص يجب أن يفرغ فيه . كما أنه ليس هناك - ما عدا الحالة السابقة - موعد محدد يجب أن يصدر فيه هذا الاقرار من الدائن .

---

(١) ويلاحظ انه اذا انعقدت حوالة لدين باتفاق الدائن والمحال عليه ، فإن اقرار المدين الأصلي للحوالة ضرورى حتى يتمكن المحال عليه من الرجوع على هذا المدين الأصلي بما وفاء للدائن وذلك أسس لحكام حوالة الدين . ( مادة ٣٧٩ مدنى كويتى ) .

## المبحث الثاني

### أثار حواله الدين

٢٦٣ - تقسيم :

متى أقر الدائن حوالة الدين التي عقدت باتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد ( المحال عليه ) كانت نافذة • وفي بحث آثارها نفرق بينها في «معلقة» :

- بين الدائن والمدين الجديد ( المحال عليه ) •
- بين الدائن والمدين الأصلي ( المحيل ) •
- بين المدين الأصلي ( المحيل ) والمدين الجديد ( المحال عليه ) •

٢٦٤ - أولا : أثار الحوالة في علاقة الدائن والمحال عليه :

يتمثل الأثر الجوهري لحوالة الدين في إطار هذه العلاقة أن المحال عليه وهو المدين الجديد يحل محل المدين الأصلي في التزامه بالمدين تجاه الدائن •

وصو ما يعنى براءة ذمة هذا المدين الأصلي قبل الدائن هذا في المقام الأول ، وانتقال الدين إلى المحال عليه في المقام الثاني •

وعن براءة ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن فانها تكون من وقت إبرام عقد الحوالة وليس من تاريخ إقرار الدائن لها • وتبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك • فالمعنى مستفاد من إقراره (٧) • وفي ذلك تنص المادة ٣٨٠ من القانون المدني الكويتي على براءة ذمة المدين الأصلي من الدين إذا كان المحال له طرفا في عقد الحوالة لو أقرها •

أما عن انتقال الدين ، فانه ينتقل إلى ذمة المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته ( مادة ١/٣٨١ مدني كويتي - مادة ٣١٨ مدني مصري ) •

وعن الصفات ، فإذا كان للدين تجاريا ، أو مطلقا على شرط أو مضافا إلى أجل انتقل كذلك •

---

(٧) للسهيوي ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣٢٩ ، ص ٥٨٥ •

وعن التأمينات ، فإن الدين المحال يلازمه في تحوله من الدين الأصلي إلى المحال عليه كافة التأمينات التي كانت تضمنه . وهذا الحكم يخص ما قسمه الدين الأصلي للدائن من تأمينات لمدينه . ومن ثم لا يشمل ما قسم للدائن من كفيل الدين الأصلي سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً . وتفسير ذلك أنه لو كان الدين الأصلي قد قسم للدائن ضماناً للدين تأميناً عينياً - والتأمين الشخصي غير مطروح في هذا للفرض - مثل الرهن انتقل هذا التأمين مع الدين لمصلحة الدائن . ثم لو كان هناك كفيل شخصي ضمن الدين على المدين الأصلي أو كفيل عيني قسم رهناً فلا يلتزم على أي منهما تجاه الدائن إلا إذا كان قد رضى بالحواله ( مادة ٢/٢٨١ مدني كويتي - مادة ٢/٢١٨ مدني مصري ) .

وكما هو واضح فإن التأمينات التي تأتي من غير المدين الأصلي ، مثل الكفالة الشخصية أو العينية ، لا تلازم الدين في تحوله إلا إذا رضى بالحواله من قسم التأمينات تلك .

أما عن الدفع ، فإنه يلازم الدين في تحوله ما يتصل به . دفع كان يحق للمدين الأصلي أن يتمسك بها قبل الدائن ( مادة ٢٨٢ مدني كويتي - مادة ٣٢٠ مدني مصري ) .

وتبعا لذلك فللمحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفعات المتعلقة بذات الدين وكان يحق للمدين الأصلي أن يحتج بها . كالدفع بالبطان لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب . كذلك للمحال عليه أن يتمسك بما كان يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك به من دفعات مستمدة من عقد الحوالة . كان يطالب المحال عليه ببطان الحوالة لعدم مشروعية السبب أو يطلب إبطالها لنقص أهليته أو لعب شاب رضاه .

ويلاحظ أن الدين لا ينتقل إلى ذمة المحال عليه على الوجه المتكتم فإنه ينتقل من وقت براءة ذمة المدين الأصلي . أي من وقت انعقاد الحوالة وليس من وقت إقرار الدائن لها .

## ٢٦٥ - ثانياً - آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمحيل :

ذكرنا أن الأثر الجوهرى للحوالة هو براءة ذمة المدين الأصلي ( المحيل ) تجاه الدائن . وذلك يفترض بطبيعة الحال انعقاد الحوالة باتفاق هذا المحيل والمحال عليه . وهو الفرض الذي نعالجه في هذه الدراسة كما ألقنا . وتبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة ودون حاجة لتصريح من الدائن على نحو ما ذكرنا .



وبراءة ذمة الدين الأصلي تعنى ببساطة عدم جواز مطالبة الدائن له وانما يستطيع هذا الدائن مطالبة المحال عليه فهو الدين الجديد .

واستثناء على جراءة الذمة المذكور ، نصت المادة ٣١٩ من القانون المدني المصري على أن الدين الأصلي يضمن يسار الدين وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

وعلى ذلك فانه اذا كان الأصل هو ضمان المحيل أن يكون المحال عليه في حاله يسار وقت اقرار الدائن للحوالة ، فانه يجوز الاتفاق على غير ذلك تخفيفا أو تشديدا . اذ يجوز للمدين الأصلي أن يخلى نفسه من هذا الضمان بالاتفاق على مثل هذا الاخلاء . كما يجوز الاتفاق على ضمان الدين الأصلي يسار المحال عليه ليس فقط وقت اقرار الدائن للحوالة بل وايضا وقت حلول الدين .

### ٣٦٦ - ثالثا - آثار الحوالة في علاقة المحيل والمحال عليه :

نذكر مرة اخرى باننا نعالج في حوالة الدين الصورة التي تنمقد فيها باتفاق الدين الأصلي والمدين الجديد .

ونفرق بشأن هذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل اقرار الدائن للحوالة وما يترتب بعده .

#### فقبل اقرار الدائن للحوالة :

يكون المحال عليه ملتزما تجاه الدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة ( مادة ٣١٧/١ معنى مصري ) .

والمعنى اتواضح لذلك أن المحال عليه وقبل اقرار الدائن للحوالة - حيث لم يتحدد موقفه بالرفض أو القبول - يكون ملتزما تجاه الدين الأصلي بأن يخلص ذمة الاخير من الدين في الوقت المناسب . أي وقت حلول الدين . وهو التزام بعمل<sup>(٨)</sup> . ويسرى هذا الحكم أيضا لو تحدد موقف الدائن من الحوالة بالرفض .

ويلاحظ أنه اذا كان الدين الأصلي قد التزم نحو المحال عليه في عقد الحوالة بشئ في مقابل التزام الاخير بتحمل الدين ، فليس له أن يطالب المحال عليه بأن يوفى للدائن إلا اذا كان قد نفذ التزامه ( مادة ٣١٧/٢ معنى مصري ) .

(٨) المصهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٤٣ ، ص ٦١٣ .

## وبعد اقرار الدلائل للحوالة :

يكون المحال عليه منتزعا نحوه بالوفاء بالدين ، وبذلك تجرأ ذمة الدين الأصلي من الدين المذكور . وكان الدين الأصلي قد استفاد من الحوالة بمقدار الدين وهذا يعنى أن المحال عليه قدحم للمدين الأصلي التزاما بقيمة الدين . وقد يقصد المحال عليه من هذا الالتزام أداء هذه القيمة على سبيل القرض أو يقصد الوفاء بدين في ذمته لهذا الدين الأصلي ، وقد يقصد التبرع . وفى الحالة الأخيرة قد يشترط المحال عليه للرجوع على الدين الأصلي .

## ٣٦٧ - حوالة الدين في المشروع المصرى لتتقين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا - تناول المشروع تعريف حوالة الدين في المادة ٣٠٣ اذ قالت :  
« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين ، وهذه المادة تطابق المادة ٣١٥ من القانون المبنى المصرى الحالى . وفوق ذلك ، فانها تتقابل للفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ من القانون المبنى الكويتى وتنص على انه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي الى ذمة المحال عليه » .

ثانيا - تعالج المادة ٣٠٤ من المشروع انعقاد حوالة الدين ونفاذها في احدى صورتين لها . وتتم الحوالة فيها باتفاق الدين الأصلي والمدين الجديد ( المحال عليه ) وهى الصورة النفاذية . والمادة نصها كالاتى :

« ١ - تنعقد للحوالة التى تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن » .

٢ - وإذا قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة الى الدائن ، وعين له أجلا معقولا لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وهذه المادة المقترحة تتقابل المادة ٣١٦ من القانون المبنى المصرى الحالى مع تعديل حاصله :

( ١ ) أن المادة المقترحة من المشروع قد استبدلت عبارة « تنعقد الحوالة ..... موقوفة على قبول الدائن » بعبارة « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الا اذا اقرها » .

(ب) أن المادة المقترحة من المشروع قد عبرت عن دور الدائن في نفاذ حوالة الدين في هذه الصورة بالاقرار بدلا من القبول الوارد في النص الحالي .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٧٨ من القانون المدني الكويتي ويبدو لنا أن الأخيرة استمدت أحكامها من النص الحالي للقانون المدني المصري الذي ذكرناه من قبل وهو نص المادة ٣٩٦ ، فهي تطابقه .

والغريب في الأمر أنه جاء بالمشروع تطبيقاً على ذلك النص المقترح للمادة ٣٠٤ من المشروع أنه يطابق المادة ٣٨٠ من القانون المدني الكويتي وهذا غير صحيح .

ثالثاً - تقرر المادة ٣٠٥ من المشروع للحكم في الحالة التي لا يحدد فيها الدائن موقفه من الحوالة وتنص على ما يأتي :

١ - إذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولا أو رفضا ، كان الحال عليه ملزماً بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد لتفائق يقضي بخير ذلك ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب الحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يقم بما التزم به نحو الحال عليه بمقتضى عقد الحوالة ، . وهذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من القانون المدني المصري الحالي وقد عرضنا لها من قبل . مع ملاحظة أن نص المشروع قد استعمل لفظ « قبولا ، بدلا من » اقراراً ، الوارد في ذلك للنص الحالي .

رابعاً - تقرر المادة ٣٠٦ من المشروع التزاماً على عاتق المدين الأصلي بضمان يسار الحال عليه ونصها كالاتي :

« يضمن المدين الأصلي أن يكون الحال عليه موسراً وقت قبول الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك ، » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣١٩ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة أن المادة المقترحة هذه استعملت لفظ « قبول » بدلا من لفظ اقرار الوارد في ذلك النص الحالي . ولا يبدو أن للمادة المقترحة نظيراً في القانون المدني الكويتي .

خامسا - تتناول المادة ٣٠٧ من المشروع للصورة الأخرى لحوالة الدين وتتم باتفاق الدائن والمحل عليه ، ونصها يجرى على النحو التالي :

« يجوز كذلك أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحل عليه  
بتقرر فيه أن هذا يحل محل الدين الأصلي في القرضه ، » .

وهذه المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٢١ من القانون  
المدنى المصرى الحالى . كما تقابل المادة ٣٧٩ من القانون المدنى الكويتى .

سادسا - تتضمن المادة ٣٠٨ من المشروع أثرا من آثار حوالة  
الدين في صورتها الأولى ونصها كالاتى :

١ - تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصا ، ملتزما قبل الدائن  
الا اذا رضى بالحوالة .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣١٨ من القانون المدنى المصرى  
الحالى . كما تطابق المادة ٣٨١ من القانون المدنى الكويتى . ونبرز هنا  
ايضا ما جاء بالمشروع تعليقا على هذا النص المقترح منه من أنه يطابق المادة  
٣٨٣ من « التقنين المدنى الكويتى » وهذا غير صحيح .

وفي اثر من آثار حوالة الدين ايضا ، يخص الدفع نصت المادة ٣٠٩  
من المشروع على ما يأتى :

« للمحل عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع  
متعلقة بذات الدين ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد  
الحوالة ، » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع لنصا تطابق في حكمها المادة ٣٢٠  
من القانون المدنى المصرى الحالى . وهى تطابق أيضا المادة ٣٨٢ من القانون  
المدنى الكويتى . والفريب ايضا ما جاء بالمشروع من أن هذه المادة المقترحة  
منه تطابق المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى الكويتى ، وهذا غير صحيح .

## المبحث الثالث حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٢٦٨ - تعريف :

افاض الفقه الاسلامي في حوالة الدين وجوزها بجميع مذاهبه .  
وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية في المادة ٦٧٣ على انها تعني « نقل  
الدين من ذمة الى اخرى » وفي مرشد الحيران جاء تعريف حوالة الدين في المادة  
٨٧٦ اذ قالت : « الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة  
المحتال عليه » وعلى نحو أكثر وضوحا وشمولا ورد تعريف الحوالة في مجلة  
الاحكام للشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل : « فقد نصت المادة ١١٥٥  
من هذه المجلة على أن « الحوالة عقد ارفاق يقتضى انتقال الدين من ذمة الى  
أخرى غير جزية » . وجاء بالمادة ١١٥٦ من المجلة المشار اليها أيضا أن « الاحالة  
نقل الدين ما عليه الى ذمة غيره بايجاب » (١) .

ونبحث حوالة الدين في الفقه الاسلامي في عدة مطالب على النحو  
التالي :

- المطلب الأول : انعقاد حوالة الدين في الفقه الاسلامي .
- المطلب الثاني : شروط حوالة الدين في الفقه الاسلامي .
- المطلب الثالث : آثار حوالة الدين في الفقه الاسلامي .

(١) ويلاحظ ، في مجال الحوالة ، أن للدائن يطلق عليه في الفقه الاسلامي « المحتال »  
او « المحال » . أما الدين الجديد فيطلق عليه « المحتال عليه » او « المحال عليه » ، والدين  
الاسمى يطلق عليه المحيل .

ولجئ في تعريف حوالة الدين في الفقه الاسلامي :

الحظية : حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ،  
ص ٣٤٠ الشافعية : المهذب ، للشيرازي ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، ص ٣٤٤ .  
المالكية : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ،  
الجزء الثاني ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

الحنابلة : كشف القناع عن متن الاقتناع للبهوتي ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق .  
راجع ايضا : على الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ، للطبعة الرابعة ، القاهرة  
سنة ١٩٥٢ ، ص ٣٢٧ .

## المطلب الأول

### انعقاد حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٣٦٩ - انعقاد حوالة الدين بالتراضي :

تتعدد حوالة الدين بالتراضي وتتخذ لدى الاصناف عدة صور تبعا لهذا التراضي (١) :

#### الصورة الأولى :

وتتم فيها الحوالة برضا المحيل والمحال والمحال عليه :

وقد نصت على هذه الصورة المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران بقولها « يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أي المحيل والمحال والمحال عليه ، ، ، ، ونصت عليها أيضا المادة ٦٨٠ من مجلة الأحكام المحلية حين قالت « لو قال المحيل لدائنك حولتك على فلان وقبل لدائنك تنعقد الحوالة ، ، »

#### الصورة الثانية :

وتتم فيها الحوالة برضى المحيل والمحال :

وفيهما يكون المحال عليه غائبا وأحيل عليه للدين باتفاق المحيل والمحال له على ذلك . فإن الحوالة تصبح شريطة قبول المحال عليه بالحوالة راضيا حيث يلتزم للمحال له . أما إذا لم يرض المحال عليه بالحوالة فلا ينتقل الدين في ذمته ولا يكون للمحال له حق مطالبته . وقد نصت على ذلك المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران . والواضح أن الحوالة هنا لا تتم بغير رضا المحال عليه . ولكن المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران استثنت في عجزها حالة تتم فيها الحوالة باتفاق المحيل والمحال له دون رضا المحال عليه وهي حالة ما إذا استدان زوجته الذفقة عليه بأمر القاضي فإن لها أن تحيل عليه بلا رضاه ويكون منزما بالدين للمحتال .

(١٠) راجع نفس الحكم في المادة ٦٨٢ من مجلة الأحكام المحلية .

وراجع في ضرورة رضا الكل في الحوالة : حاشية رد المحتار لابن عابدين مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ص ٣٤٣ .

## الصورة الثالثة :

وفيها تتم الحوالة باتفاق المحيل والمحال عليه :

مثلا لو قال واحد للآخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك • تنعقد الحوالة موقوفة على قبول المحال له • هكذا نصت المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام المعدية •

## الصورة الرابعة :

وفيها تتم الحوالة باتفاق المحال والمحال عليه :

كما لو قال واحد للآخر خذ مالي على فلان من الديون وقدره كذا

حوالة عليك فقال له الآخر قبلت • هنا الحوالة انعقدت بين المحال له والمحال عليه • ونصت على ذلك المادة ٦٨١ من مجلة الأحكام المعدية (١١) •

٢٧٠ - ويلاحظ أن للحنابلة موقفا آخر في انعقاد حوالة الدين ، إذ نصت المادة ١١٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أن الحوالة « تنعقد ... بمجرد إيجاب المحيل ولا تحتاج إلى قبول أو رضى من المحتال » (١٢) ولا المحال عليه ، ولكن يجب لصحة الحوالة رضا المحيل إذ لا تصح أحالة المكره ( مادة ١١٦٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ) ونصت المادة ١١٧٠ من هذه المجلة أيضا على أنه لا يشترط لصحة الحوالة رضا المحتال إذا كان المحال عليه مائثا أما إذا لم يكن مائثا فلا تصح الحوالة إلا برضا المحتال • وعند الشافعية ذكر صاحب المذهب « لا تصح الحوالة من غير رضا المحتال ..... وهل تصح من غير رضا المحال عليه ..... المذهب أنه تجوز » (١٣) • أما مالك فقد اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه (١٤) •

---

(١١) راجع في الصورة الثالثة والرابعة المادة ٨٨٧ من مرشد البحرين •

(١٢) وقد عرفت المادة ١١٦٠ من نفس المجلة المحتال يقولها « هو رب الدين المختل من ذمة إلى أخرى » •

(١٣) المذهب للشيعة ، مشار إليه من قبل ، الجزء ، الأول ، ص ٣٤٥ •

(١٤) بدلية المجتهد ونهلية المقصد لابن رشيد الطفيد مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٥٠ •

## المطلب الثاني

### شروط حوالة الدين في الفقه الاسلامي

#### ٢٧١ - تقسيم :

من هذه الشروط ما يتعلق بصحة الانعقاد ومنها ما تنفذ به الحوالة ومنها أيضا ما يخص الدين المحال به ومنها ما يتصل أخيرا باشتراط مديونية المحيل للمحال له ومديونية الحال عليه للمحيل ويبحث كل ذلك .

٢٧٢ - أولا : في صحة انعقاد الحوالة : اشترطت المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية أن يكون المحيل والمحال عاقلين وأن يكون المحال عليه عاقلا بالغا . وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٨٨٠ من مرشد البحرين ، لذ اشترطت لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحال عاقلين أما المحتال عليه فيجب فيه العقل والبلوغ .

ومعنى ذلك أنه يتعين التفرقة بشأن هذه الشروط بين المحيل والمحال من جهة والحال عليه من جهة أخرى<sup>(١٦)</sup> .

وعن المحيل والمحال ، يشترط العقل . ومن ثم لا تصح حوالة المجنون أو الصبي غير للعقل . وعليه ، لا يشترط البلوغ بالنسبة لهما . إذ يمكن أن يكون المحيل أو المحال عليه صبيبا عاقلا لكن الحوالة تنعقد موقوفة على اجازة الولي . أما بالنسبة للمحال عليه ، فيشترط العقل والبلوغ . فتبطل حوالة للصبي غير المميز .

٢٧٣ - ثانيا : في نفاذ الحوالة : اشترطت المادة ٨٨١ من مرشد البحرين أن يكون المحيل والمحال بالغين فلا تنفذ حوالة الصبي المميز بل تنعقد موقوفة على اجازة الولي أو للوصي . هذا اذا كان للصبي غير المميز محيلا أو محتالا .

---

(١٥) راجع في شروط للحوالة : على الخفيف المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

عبد الكريم زيدان ، للكفاءة والحوالة في الفقه المقارن ، بغداد ، ١٩٧٥ ، رقم ٣١٠ ص ٢١٦ وما بعدها .

(١٦) راجع ، بدائع الصلح في ترتيب الثرائع ، للامامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٣٦ - ٣٤٣٧ .



أما إذا كان محتالا عليه فلا تنفذ الحوالة إلا إذا أجازها الولي أو الوصي وكان هذا المحتال عليه أملا من التحيل<sup>(١٧)</sup> . وهي نفس الأحكام التي نصت عليها المادة ٦٨٥ من مجلة الأحكام المعدية .

٢٧٤ - ثالثا : فيما يجوز حوالاته من الدين : في الحال به ، وهو الدين المختل من ذمة إلى أخرى<sup>(١٨)</sup> ، نصت المادة ٨٨٤ من مرشد الحيران على أن كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة . وهو نفس الحكم الذي نصت عليه أيضا المادة ٦٨٧ من مجلة الأحكام المعدية . ونصت عليه في صدرها أيضا المادة ٦٨٨ من هذه المجلة حيث قالت : كل دين تصح به الكفالة تصح للحوالة به . . .

وبناء على ما تقدم ، فالمحال به - على المعنى المتقدم ذكره - يجب أن يكون ديناً ، فلا تصح حوالة الأعيان<sup>(١٩)</sup> . وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى حكم المادة ١١٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل إذ قالت : « الحوالة لا تكون إلا على ذمة فلا تصح الحوالة بمال الوقف ولا عليه »<sup>(٢٠)</sup> ، والأمر نفسه بخصوص حوالة الدين لدى المالكية<sup>(٢١)</sup> . أما الشافعية فالحوالة عندهم تجوز فيما يجوز بيعة لأنها بيع دين بدين<sup>(٢٢)</sup> . ويشترط في الدين المحال به أن يكون معلوما لا مجهولا . فلا تصح الحوالة بالدين المجهول . فلو احتال بما سيثبت للتحيل على المحتال عليه فالحوالة باطلة ( مادة ٨٨٥ من مرشد الحيران ) وهو نفس الحكم الذي نصت عليه في عجزها المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام المعدية . وهو ما ذكره صاحب المهذب من الشافعية<sup>(٢٣)</sup> .

---

(١٧) وقد نصت المادة ١١٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن الحوالة تصح بشرط ملادة المحال عليه حتى إذا ظهر مسرا رجع على التحيل .  
(١٨) المادة ١١٥٩ من مجلة الأحكام الشرعية .

(١٩) سليك رستم باز - شرح المجلة ، ص ٣٧٥ - ٣٧٦ - رد المحتار لابن عابد ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ص ٣٤٣ .

(٢٠) قارن المادة ٨٨٨ من مرشد الحيران إذ قالت : « تصح لالة المستحق في الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على ناظر الوقف إذا كانت صلة متصلة في يده وقبل الحوالة ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن صلة متصلة في يد الناظر » .

(٢١) قولنن الاحكام الشرعية ومستقل للفروع الفقهية لابن جزي المالكي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ .

(٢٢) المهذب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ص ٣٤٤ .

(٢٣) وقال « ولا تجوز ( حوالة الدين ) إلا بمال معلوم لأننا بيضا أنه بيع فلا تجوز في مجهول ، راجع ، المهذب للشيرازي ، الموقع السابق .

وأكدت ذلك أيضا المادة ١١٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ونصت على أنه : يشترط علم المال الحال به وعليه ، وقال صاحب كشف القناع يشترط أن تكون الحوالة بمال معلوم على مال معلوم مما يصح السلم فيه من المثليات وغيرها (٢٤) .

إضافة إلى ما تقدم ، وفي الحال به ، فإنه يشترط أن يكون مساويا في صفته ومقداره للمال الحال عليه . اذ نصت المادة ١١٧٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه يشترط اتفاق الدينين جنسا وصفة وظولا واجلا . وهو ما أكده صاحب كشف القناع تشبيها بالمقاصة على حد قوله (٢٥) .

وجاء في كتاب قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكي أنه يشترط في الحوالة ضمن ثلاثة شروط لها أن يكون الدين الحال به مساويا للحال فيه في الصفة والمقدار (٢٦) .

#### ٢٧٥ - رابعا - المحيل مدين للمحال :

يشترط في اللغة الاسلامي إضافة إلى ما تقدم ، أن يكون المحيل مدينا للمحال ففي المذهب الحنفي نصت المادة ٨٨٣ من مرشد الحيران على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحتال والأفهي وكالة في القبض (٢٧) . وعلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، نصت المادة ١١٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ما يأتي : إحالة الشخص من لا دين له على مدينه وكالة في الطلب . . وصاحب كشف القناع كان غاية في

---

(٢٤) كشف القناع عن متن الاقتناع للدهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٦ .

(٢٥) كشف القناع عن متن الاقتناع للدهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ص ٢٨٥ . وفي نفس أثنى عند الحنابلة : غاية المحتفى في ألجمع بين الاقتناع والتمتعي للششيخ مرمي بن يوسف الحنبلي ، لاجه الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة للسعيدة بالديار ، ص ١١١ - وقد عرفت المادة ١١٥٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الحال به بأنه « الدين أقتل من فمة إلى أخرى » وعرفت المادة ١١٦٢ من هذه المجلة المال الحال عليه بأنه « الدين الذي للمحيل على الحال عليه » .

(٢٦) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق - وعند الشافعية المذهب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ .

(٢٧) راجع أيضا حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ .

أنوضح وقد عبر عن ذلك بقوله « فان الحال من لا دين عليه شخصا على من له عليه دين فهي وكالة جرت بلفظ الحوالة إذ ليس فيها تحويل حق من ذمه الى ذمة وإنما جازت الوكالة بلفظ للحوالة لاشتراكهما في المعنى» (١٨) .

#### ٢٧٦ - خامسا - هل يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل :

اتضح لنا فيما تقدم أن الفقه الاسلامي يشترط في الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحال والا كان الامر من قبيل النوكبة في القبط . ونل المنطق يؤدي بنا الى نتيجة هامة تترتب على ذلك وهي : أنه لا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل . وفي الحقيقة ، فإن هذه النتيجة لا يستجيب لها سوى الاضاف دون غيرهم . إذ نصت المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحتال والا فهي وكالة ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل بل اذا رضى بالحواله صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديونا للمحيل » (١٩) . والمعنى الواضح لذلك أن حوالة الدين تصح ولا يشترط لذلك أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل . وهو الحكم الذي أكدته أيضا المادة ٦٨٦ من مجلة الاحكام المحلية إذ قالت « لا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل فتصح حوالاته وإن يكن له على المحال عليه دين » .

أما باقي المذاهب فهي على خلاف ذلك . فعند المالكية يشترط ابن رشد أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل . ولذا فإنه لم يشترط رضاه في الحوالة (٢٠) . والحنابلة يشترطون أيضا أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل والا كانت وكالة في الاقتراض . وهذا يفترض بطبيعة الحال - وعلى ما ذكرنا - أن المحيل مديون للمحال . فقد جاء في كشف القناع « وإن أقال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض فلا يصارفه لانه لم يأذن له في المصارفة . فان قبض المحتال منه الدين أي من المحال عليه الذي لا دين عليه رجع ( الجال عليه ) على المحيل بما دفع عنه للمحتال لأنه قرض حيث لم يتبرع » (٢١) .

---

(٢٨) كشف القناع عن متن الاقتاع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٤ . وللشافعية نفس الرأي في أن يكون المحيل مديونا للمحال له . المذهب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ، الموقع السابق .

(٢٩) والنص مأخوذ عن رد المحتار . راجع حاشية رد المحتار ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ .

(٣٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

(٣١) كشف القناع عن متن الاقتاع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٥ .

ويتضح لنا من ذلك أن الحنابلة يشترطون في المحال عليه أن يكون مديونا للمحيل إضافة إلى كون المحيل مديونا للمحال كما ذكرنا وهذا الشرط - مديونية المحال عليه للمحيل - يتخذ في تخطئه صورة من اثنتين عند الحنابلة • الأولى - وقد مرت بنا - وفيها لا يكون المحال عليه مديونا للمحيل على الرغم من مديونية الأخير للمحال •

أما للثانية فلا يكون فيها المحال عليه مديونا للمحيل ولا يكون الأخير مديونا للمحال • ويؤكد لنا هذا ما جاء في كشف القناع « وأن أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض أيضا وليس شيء من ذلك حوالة لانتهاء شرطها » (٣٢) •

وللوضح أن الجابح بين الصورتين اعتبار الأمر فيهما من قبيل الوكالة في الاقتراض نظرا لاندغام مديونية المحال عليه للمحيل •

أما عند الشافعية ، فإن هناك من قال أنهم يشترطون أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل (٣٣) • وعلى الرغم من ذلك فقد وجدنا في المهذب ما ينجم عن غير ذلك بيقين • وجاء به « ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين لأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ..... وهل تصح من غير رضا المحال عليه ؟ ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا أنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاء » (٣٤) ونستخلص من ذلك أن الحوالة تصح عند الشافعية ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ، وكل ما هنالك أن صحة الحوالة تتطلب في هذه الحال رضا المحال عليه •

---

(٣٢) كشف القناع عن من الاقتاع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث الموقع السابق - وقد لجلت كل هذه الأحكام المادة ١١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بقولها « لحالة من لا دين عليه على مثله وكالة في الاقتراض وكذلك لحالة الدين على من لا دين له عليه فلا تصح مصلحته » •

(٣٣) راجع ، الشيخ على الخفيف في مختصره المشار إليه من قبل ، ص ٢٢٨ •

(٣٤) المهذب ، للشيخ زكي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، الموقع السابق •

## المطلب الثالث

### آثار حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٢٧٨ - تعداد الآثار :

يترتب على حوالة الدين في الفقه الاسلامي عدة آثار وتتمثل هذه الآثار -  
لجبالا - في انتقال الدين المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال وهذا هو  
الأثر الأول والجوهري . وكما سنرى ، فانه ولئن كان هذا الاثر يمثل  
بمضمونه رأى الجمهور في هذا الفقه فان القلة قد ذهبت الى غير ذلك قولا بأن  
الذى ينتقل بالحوالة هو حق المطالبة بالدين وليس الدين ذاته . وعلى أية  
حال ، فان الدين اذ ينتقل - على رأى الجمهور - فانه ينتقل بصفته . وهذا  
هو الأثر الثانى . أما الأثر الثالث فقد اختلف الرأى بشأنه - مثل الاول -  
في نطاق الفقه الاسلامي ويخص التأمينات التى كانت تضمن للوفاء بالدين قبل  
الحوالة . فمن الفقهاء من قال بانقضائها ومنهم من قال ببقيائها . أما الأثر  
الرابع فنبرز من خلاله موقف الفقهاء من الدفوع التى ترد على الدين . وفي نطاق  
الأثر الخامس نبين مدى حق المحال عليه في الرجوع على المحيل لنعقب ذلك  
ومن خلال اثر سادس ببيان لمكان رجوع المحال الى المحيل .

٢٧٩ - أولا : انتقال الدين او المطالبة :

يترتب على حوالة الدين في الفقه الاسلامي - وعلى خلاف فيه - انتقال  
الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . وعلى ما اتضح لنا من كتب  
الفقه التى اطلعنا عليها في الموضوع ، فان الخلاف بشأن هذا الاثر ليس خلافا  
بين المذاهب الأربعة في هذا الفقه ، وانما هو خلاف في نطاق المذهب الحنفى .  
اذ الأحناف ينفقون مع المذاهب الثلاثة الأخرى في لنتقال الدين على النحو  
السابق . لكن محمد بن الحسن وزفر من الأحناف ذهبوا الى غير ذلك . ونبدأ  
بالأحناف ثم نشير الى باقى المذاهب .

عند الأحناف ، ذهب ابو حنيفة وابو يوسف الى التسول بأن الذى ينتقل  
كأثر لحوالة الدين هو الدين المحال به ذاته ، وينتقل من ذمة المحيل الى ذمة

المحال عليه • وليس من شك في أن ذلك يفترض بطبيعة الحال انتقال الدين والمطالبة به أيضا<sup>(٣٥)</sup> كما يفترض براءة ذمة المحيل في مواجهة الحال •

وعلى خلاف ذلك ، قال محمد بانتقال المطالبة دون الدين ذاته •

بل إن من الأحناف من ذهب إلى القول بأن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة ، لا من الدين ولا المطالبة • ومفاد ذلك عدم لانتقالهما وهذا هو رأى زفر • ولنا من نصوص الفقه الحنفى ما يوضح ما ذكرنا • فقد جاء في شرح فتح القدير<sup>(٣٦)</sup> ما يلي « قوله » وإذا تمت الحوالة بالتبطل برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ إلا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضا ، وجاء في البدائع<sup>(٣٧)</sup> أيضا « ولنا أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها ... واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة ، قال بعضهم أنها نقل المطالبة والدين جميعا • وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فنصب • فاما أصل الدين فباق في ذمة المحيل ، •

وفي حاشية رد المحتار لابن عابدين<sup>(٣٨)</sup> ورد أن المراد « نقل الدين مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعي الأول إلى أبى يوسف ولثانئى إلى محمد ، •

ويتضح لنا من كل ما تقدم ، أن الرأى في المذهب الحنفى – بغض النظر عن الخلاف فيه – يتمثل في أنه يترتب على حوالة الدين انتقال الدين ذاته ، وكذا المطالبة به من ذمة المحيل وهو الدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه وهو الدين الجديد • ومن ثم تبرأ ذمة المحيل في مواجهة المحال وهو الدائن •

---

(٣٥) ويمكن أن نرى هذا الأثر من خلال تعريف الإحناف لحوالة الدين في السابقين ٦٧٣ من مجلة الأحكام الحلية ، ٨٧٦ من مرشد الحيران وقد عرضنا لهما من قبل •

(٣٦) شرح فتح القدير للملجز للفقير الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود السيولى ثم المسكندرى المعروف بابن الهمام • دار لحياء للتراث العربى ، بيروت ، الجزء السادس ، ص ٣٤٧ •

(٣٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاسانى ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ص ٣٤٣٩ – ٣٤٤٠ •

(٣٨) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليه للتكملة لتجل المؤلف ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ •

ويلاحظ أن النقل - أي نقل الدين من ذمة إلى أخرى - إنما هو نقل حكمي لا حسي . جاء في فتح القدير « والنقل في الدين لا في العين لأن هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي ..... أما للعين فحس فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج إلى النقل الحسي » (٣٦) .

ومفهومنا لذلك أنه عندما نتكلم عن انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه كآثر لحالة الدين ، فإن المقصود نقل الدين أو انتقاله حكميا أو اعتباريا وليس نقلا حسيا . فهو نقل حكمي يخرج عنه الكفالة لأنهما ضم ذمة إلى أخرى .

وليس نقلا حسيا ، يخرج عنه العين .

ويشارك الأحناف في الأثر المتقدم لحالة الدين : المالكية (٤٠) والحنابلة (٤١) والشافعية (٤٢) .

## ٢٨٠ - ثانيا - انتقال الدين بصفته :

يتحول الدين ، في نطاق أثر ثان للحالة ، على المحال عليه بصفته التي على المحيل . وعند الحنفية ، نصت على هذا الحكم المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران وأضافت : « فإذا كان الدين على المحيل حالا تكون للحالة به على المحتال عليه حالة ويجفح المحتال عليه الدين المحال به معجلا . وإذا كان الدين على المحيل مؤجلا تكون الحالة به على المحتال عليه مؤجلة ولا يلزم الدفع

---

(٣٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ، مشار إليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٦ .

(٤٠) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ .

(٤١) كشف القناع عن متن الاتعاق لليهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٢ - ٣٨٣ - غاية المختصر للششيخ مرعي بن يوسف ، مشار إليه من قبل ، للجزء الثاني ، ص ١١١ .

(٤٢) المهذب للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٤ - ٣٤٥ .

الا عند حلول الأجل ، • ويترتب نفس الأثر عند المالكية<sup>(١٣)</sup> والحابلية<sup>(١٤)</sup> والشاسفعية<sup>(١٥)</sup> .

## ٢٨١ - ثالثاً - انتقال التامينات :

وعن التامينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين الحال به فانها تبقى ضامنة للدين بعد تحوله عند محمد ، خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان انها تنقضي ولا تنتقل بالحوالة • ويتفق معهما في ذلك رأى الشافعية • ونعرض فيما يلي للرأى الأخير أولاً ثم نعرض لخلاف الحنفية •

بالنسبة للشافعية ، فالرأى عندهم انقضاء ما كان يضمن الدين من تامينات بالحوالة • ولنا من نصوص تحفة المحتاج بشرح المنهاج ما يوضح ذلك<sup>(١٦)</sup> • وجاء به • وفى المطلب ان أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغى أن تصح وجها ولحدا وينفك للرهن كما اذا كان به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبره الضامن لأنها معاوضة واستيفاه وكل منهما يقتضى براءة الأصل فكذا يقتضى فك الرهن فان شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تفسد به الحوالة • ونستخلص من ذلك انه لو كان هناك تامين يضمن الدين الحال به مثل للرهن فان هذا التامين - والأصل وجوده قبل التحويل - ينقضى بالحوالة ، وحتى لو اشترط بمقاؤه فان هذا الشرط يقع فاسدا ، وتفسد به الحوالة • وعلى ذلك فالاحتساب ( الحال ) لا يستفيد في كل الأحوال بها كان يضمن الدين الحال به من تامينات •

ونفس الحكم في انقضاء التامينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين الحال به بالحوالة نراه عند الأحناف الا محمداً •

(٤٣) بداية الجتهود ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار ليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٥١ • مع ملاحظة ما لشرطه المالكية في الدين الحال به من أن يكون حالا • راجع قولنا في الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار ليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٤) كشاف القناع عن متن الإقناع ، للبهوتي ، مشار ليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٥ - غاية المقتضى ، مشار ليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٥) المهذب ، للشرنازى ، مشار ليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٤٥ •

(٤٦) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم العلامة الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعى • بهامش حواشى العلامة الشافعى الشيخ عبد الحميد لشرنازى والشيخ أحمد بن قاسم الحيدى ، بيروت ، الجزء الخامس ، ص ٢٢٧ •



أذ يرى أبو حنيفة وأبو يوسف انقضاء هذه للتأمينات مثل الشافعية .

وفي حاشية رد المحتار لابن عابدين ما يوضح ذلك . وما جاء به في هذا الخصوص « وفي الحامية عن فتاوى قارئ الهداية إذا أحال لاطالب انسانا على مدينه وبالدین كفيل برى المدين من دين المحيل وبرى كفيله ويطلب المحال الأصل لا للكفيل لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحال » (٤٧) .

ويتضح لنا من هذا النص الفقهي أنه يترتب على حوالة الدين انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين المحال به قبل الحوالة فلو كان هذا التأمين رهنا وأحال المرتهن دينه المضمون به لدى الراهن ، لنقل هذا الدين – وكأثر الحوالة – مجردا من ذلك الرهن دون أن يستفيد منه المحال . وهذا على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف . ويختلف عنهما في الحكم محمد صاحب أبى حنيفة . إذ يرى بقاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين على الرغم من حوالة جاء في شرح فتح القدير « وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد . فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين أحدهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبراه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن » (٤٨)

وإذا كان لنا ما يقوله استخلاصا من هذا النص ، فإن الخلاف بين الأحناف بشأن التأمينات التي تضمن الدين المحال به إنما يرجع الى اختلافهم بشأن الأثر الأول للحوالة . فأبو حنيفة وأبو يوسف من رأيهما أن حوالة الدين يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المحيل الى المحال عليه ، مما يفيد – بطبيعة الحال – براءة ذمة هذا المحيل من الدين ومن ثم المطالبة به ولازم ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين . أما محمد فيرى أن الانتقال يرد على المطالبة دون الدين على ما ذكرنا مما يعنى براءة ذمة المحيل ومن المطالبة فقط . وما دام الدين باقيا في ذمة المحيل على هذا النحو ، يبقى معه كذلك ما كان يضمن الوفاء به من تأمينات على الرغم من الحوالة .

---

(٤٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليها التكملة لنجل المؤلف ، مشار إليه من قبل ،

الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ .

وقد أخت مجلة الأحكام المحلية بهذا الحكم بخصوص انقضاء التأمينات في المادة

٦٩٠ .

(٤٨) شرح للتحرير لابن الهمام ، مشار إليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٨ .

## ٢٨٢ - رابعا : الدفع :

يستطيع المحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال بالدفع المستمدة من عقد الحوالة • أى تلك الدفع التي تنطق بالدين • كما لو كان باطلا • كذلك فإن المحال عليه يمكنه أيضا أن يتمسك في مواجهة المحال بالدفع المستمدة من علاقته به مثل الدفع بالمقاصة •

ولكن لا يجوز للمحال عليه التمسك ضد هذا المحال بالدفع المستمدة من علاقة الأخير بالمحيل •

هذه الأحكام هي للنتيجة المنطقية في نظر العلامة السنهوري لراى الأحناف - عدا محمد - بخصوص انقضاء للتأمينات<sup>(٤٩)</sup> •

وفي هذا المجال ، ذهب البعض ، واستخلاصا من نصوص مجلة الأحكام المعدية ، إلى أن أسباب الدفع المتعلقة بالدين إنما تنتقل من الديون إلى من التزم بالدين ، إلا أن وسائل الدفع الخاصة بشخص الديون السابق لا يخلق للمدين الجديد أن يتمسك بها وإن كان يحق له أن يتمسك بأسباب الدفع المختصة بشخصه<sup>(٥٠)</sup> •

## ٢٨٣ - خامسا : رجوع المحال عليه على المحل :

لذا قام المحال بمطالبة المحال عليه الذى وفى بالدين كان للاخير حق للرجوع بما دفع • ويختلف الامر حسب نوعين للحوالة في المذهب الحنفى<sup>(٥١)</sup> •

(٤٩) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، ص ٤٢٥ - ٤٢٦ ، ص ٤٣٠ •

(٥٠) صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ٦٠٩ •

(٥١) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦ ، رقم ٣٣٦ - ٣٣٨ على اللخيف المرجع السابق ، الموقع السابق - وقد أخذ للتقنين الغنى للكويتى الجديد بأحكام الحوالة الشريعة كما أوجزنا عن لفظه الاسلامى في المواد ٢٨٥ - ٢٨٧ وأخذ بأحكام الحوالة المطلقة في الساتين ٣٨٨ ، ٣٨٩ •

النوع الاول : ويسمى الحوالة المطلقة . وفيها يحيل الدين بدينه غريمه على آخر بحيث لا يكون هذا المحال عليه مدينا للمحيل أو يكون ولكن لم تنقيد الحوالة بهذا الدين . أى لم يخصص المحيل دينه لدى المحال عليه للوفاء بحق المحال ( مادة ٨٧٨ من مرشد الحيران ) ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الحقيقي لذلك . فاذا كانت الحوالة مطلقة ودفع المحال عليه الدين للدائن سقط ما عليه للمحيل تقصا بقتدر ما أدى اذا كان مدينا للمحيل .

أما اذا لم يكن مدينا للمحيل وأدى عنه الدين بأمره رجع عليه بمثله ، فان أدى بلا أمره فهو متطوع لا رجوع له عليه بما أدى ( مادة ٨٩٢ من مرشد الحيران ) .

والنوع الثانى : ويسمى الحوالة المتقيدة . وفيها يحيل الدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه أو من الدين المتروكة عنده أمانة أو مفصوبة . فاذا كانت الحوالة من هذا النوع فان الحق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه سواء كان ديناً أو عينا مائة أو مفصوبة يخصص للوفاء بالدين المحال به . فلا ينتقل هذا الحق للدائن . ونتيجة ذلك ان المحيل ليس له أن يطالب المحال عليه وليس للآخر أن يدفع ما فى ذمته - سواء اكان ديناً أم كان عينا أمانة أو مفصوبة - للمحيل . وان أداه له ضمنها للمحال ويستطيع للرجوع بها على المحيل ( مادة ٨٩٣ من مرشد الحيران ) . هذا بخلاف الحوالة المطلقة حيث لا تنقطع فيها مطالبة المحيل للمحال عليه لو كان الاخير مديناً له وهذا متصور فى الحوالة المطلقة على ما ذكرنا . كل ما هنالك أن الحوالة لم تنقيد بهذا الدين ومن هنا كان إطلاقها . فالمحيل يستطيع أن يطالب المحال عليه وبعد الحوالة بماله ، سواء اكان ديناً أم عينا أمانة أو عينا مفصوبة . . . . ( مادة ٨٩٢ من مرشد الحيران ) . ومعنى ذلك أن فى الحوالة المتقيدة تنقطع مطالبة المحيل للمحال عليه على نحو ما ذكرنا .

## ٢٨٤ - سلسا : مدى رجوع المحال على المحيل :

اذا لم يتمكن المحال من الحصول على المحال به من المحال عليه كان له الرجوع على المحيل عند جانب من الفقه الاسلامى دون آخر ، فيجوز ذلك عند الاضاف . ولنا مما جاء فى البدائع ما يؤكد ذلك ويوضحه . فخصوص ما يخرج به المحال عليه من الحوالة ورد أنه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهى بأشياء منها فسخ الحوالة ، لأن فيها معنى معالوضة المال بالمال فكانت محتسلة للفسخ ومتى فسخ تمسود

المطالبة للمحيل • ومنها التوى عند علمائنا ..... ثم للتوى عند أبي خنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما • أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثاني أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ، وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى للقاضي بإفلاسه بناء على أن القاضي يقضى بالإفلاس حال حياته عندهما ، وعنده لا يقضى به .....<sup>(١)</sup> •

ونستخلص مما تقدم أنه وإن كانت حوالة الدين في المذهب الخنفي من شأنها براءة ذمة المحيل إلا أنه يجوز مع ذلك للمحال أن يرجع على المحيل خاصة إذا توى حقه أي هلك •

وعند المالكية ، يجوز للمحال أيضا أن يرجع على المحيل إذا أغره هذا وإحاله بدون علمه على من كان عديما مقلما قبل الحوالة أو على من كان حقه باطلا • فقد ورد في قولين الأحكام الشرعية لابن جزي « فإذا وقعت الاحالة برئت ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه للمحال وانتقل إلى طلب المحال عليه • ولا رجوع للمحال على المحيل أن أفلس المحال عليه أو أنكر إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فليس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك »<sup>(٢)</sup> •

أما الحنابلة ، فلا يجوز عندهم رجوع المحال على المحيل •

فقد نصت المادة ١١٨١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه « متى صحت الحوالة برئت ذمة المحيل من المحال به وليس للمحال الرجوع عليه » ، ومفهوم ذلك أن براءة المحيل

(٥٢) بدائع الصلح في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٤١ - ٣٤٤٢ •

واستند الخنفي إلى ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال : لا توى على مال أموي مسلم وعند شريح مثل ذلك ذكره محمد في الأصل ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافة فكان لبعثنا ولأن الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة •

(٥٣) قولين الأحكام الشرعية لابن جزي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

هي مطلقة بحسب الأصل . وعلى الرغم من ذلك نصت المادة ١١٨٢ من هذه  
المجلة على أنه « إذا رضى المحتال بالحوالة من ظنه مئيباً أو جهل حاله  
من غير اشتراط ملائته برئت ذمة المحيل وليس للمحتال الرجوع عليه أما  
إذا لم يصدر منه الرضى كان له الرجوع على المحيل » .

ونستخلص من أنه يمكن للمحتال أن يرجع على المحيل إذا ثبت  
أن المحال عليه معسر ولم يكن المحتال ( الذي يجهل حالة المحال عليه  
ولم يشترط ملائته ) قد رضى بالحوالة . ولا يفوتنا الا إذا لم يكن المحال  
عليه مئيباً ( م ١١٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد  
ابن حنبل ) .

وعند الشافعية ، لا يجوز أيضاً أن يرجع المحال على المحيل ،  
لأن الحوالة « إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان وجب  
أن تبرأ به ذمة المحيل . . . . » وإن حاله على مئىء فافلس أو جحد الحق  
وحلف عليه لم يرجع الى المحيل لأنه انتقل حقه الى مال يملك بيعه  
فسقط حقه من الرجوع ، (٢٣) .

---

(٢٣) المذهب للشيرازى ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٢٤٥ .



## الباب الرابع

### انقضاء الالتزام

٢٨٥ - تمهيد وتقسيم :

ذكرنا في تقسيم هذه الدراسة أننا سوف نقصد فيها للالتزام على مرحلتين • الأولى ونواجه فيها الالتزام في حياته •• وفي الثانية نواجه الالتزام في مماته •

وعن الالتزام في حياته ، فقد عرضنا لأثاره ، وما يمكن أن يلحقه من أوصاف ، وكيفية انقضائه • أما عن الالتزام في مماته ، فإننا نتناول بالدراسة أسباب لانقضاء هذا الالتزام •

ومن هذه الأسباب نقول : أن الأثر الجوهري للالتزام هو تنفيذ • والأصل في هذا التنفيذ أن يكون اختياريا ويتم بالوفاء بهذا الالتزام • والوفاء على هذا النحو بقدر ما هو أثر للالتزام ، فإنه الطريق الطبيعي لانقضائه • وبغلا عن ذلك ، فإن الالتزام يمكن أن ينقضى أيضا بمدة طرق أخرى غير الوفاء به ، وهذه الطرق منها ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء ، ومنها ما لا يوفر ذلك للدائن ، وعن الأولى فهي الوفاء بمقابل والتجديد والائابة والمقاصد واتحاد الذمة ، وعن الثانية فهي الإبراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن ( التقادم ) •

٢٨٦ - خطة البحث :

ونبحث انقضاء الالتزام بالوفاء ثم بما يعادله وبما لا يعادله • كل ذلك في فصول ثلاثة على التوالي :

الفصل الأول : الوفاء •

الفصل الثاني : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء •

الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء •

---

(٥٤) راجع في تقسيم أسباب انقضاء الالتزام :

السنهوري ، للوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٥٣ ، ص ٦٣١ وما بعدها •

ويلاحظ أننا أضفنا في تقسيم أسباب لانقضاء الالتزام بالتقسيم الذي لنتجه أقرع

المحفي للكويتي •

## الفصل الأول

### الوفاء

#### LE PAIEMENT

٢٨٧ - تقسيم :

يقصد بالوفاء بالالتزام بتنفيذه اختياراً (١) • وإذا كان الأصل عدم معارضة الدائن لذلك ، فقد يحدث الاعتراض الذي يتصور منه اجبار هذا الدائن على قبول الوفاء الذي يتم بإرادة الوفاء • ونبحث للوفاء في النقاط التالية :

- أطراف الوفاء •
- موضوع الوفاء •
- الوفاء بإرادة الموفى وحده •
- ظروف الوفاء •
- آثار الوفاء •
- الوفاء في الفقه الإسلامي •
- ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً •

---

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 552, p. 600, n. 553, p. 600-601.

(١) راجع في التكييف القانوني للوفاء :

المسندوري ، المرجع السابق رقم ٣٥٧ ، ص ٦٢٥ وما بعدها •

وراجع في موضوع الوفاء بصفة علمية :

GAUDIN DE LA GRANGE (E.) et RADOUANT (J.) : "PAIEMENT"  
répertoire de droit civil 2 éd Mise à Jour, 1979, T.V.



## المبحث الأول

### أطراف الوفاء

#### LES PARTIES AU PAIEMENT

#### أولا - الموفى

٢٨٨ - قاعدة واستثناء :

الأصل أن يقوم المدين بنفسه بالوفاء بالتزامه • واستثناء على ذلك يمكن أن يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين • فقد نصت المادة ٣٩١/١ مدني كويتي على أن وفاء الدين يكون من المدين كما يصح من له حق الحول القانوني محل الدائن وفقا للمادة ٣٩٤(١) •

وتبعاً لذلك ، فإن للوفاء كما يكون من المدين نفسه يكون أيضاً ممن ينوب عنه مثل الوكيل • كما يمكن أن يقوم بالوفاء من حددتهم المادة ٣٩٤ وهم اشخاص لهم حق الحول القانوني بموجب هذا النص • كما لو كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو كان دائناً ووفى دائناً آخر مقبلاً عليه بما له من تأمين عيني • وسوف نعرض لهذه الحالات تفصيلاً فيما بعد بمناسبة آثار الوفاء • وفي حالات الوفاء المتقدمة ، من المدين أو غيره ، ليس للدائن - بحسب الأصل الاعتراض على الوفاء • ويجوز له هذا الاعتراض استثناءً على الأصل السابق في الحالات التالية :

١ - إذا كان هناك اتفاق يقضى بوجوب قيام المدين بنفسه بالوفاء • ( م . ٣/٣٩١ مدني كويتي ) •

٢ - إذا كانت طبيعة الالتزام تستوجب أن يتولى المدين بنفسه أمر تنفيذه والوفاء به • كما لو كان من الأعمال التي تستوجب التدخل الشخصي لهذا المدين كما ذكرنا عند دراسة الغرامة التمهيدية • ( م . ٣/٣٩١ مدني كويتي ) •

---

(١) راجع حكم المادة ٣٣٣ مدني مصري •

٣ - يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (م. ٢/٣٩١ مدني كويتي) \*

ومعنى ذلك أنه ليس للغير أن يجبر الدائن على قبول الوفاء منه ، إلا أن الدائن يمكنه قبول هذا الوفاء رغم اعتراض المدين \*

## ٢٨٩ - شروط الوفاء :

لستوجبت المادة ١/٣٩٢ مدني كويتي ( ١/٣٢٥ مدني مصري ) أن يكون مالكا للشيء الذي وفي به وأن يكون أهلا للتصرف فيه \* فيشترط أولا أن يكون الموفي به مملوكا للموفي \* فإذا لم يكن للموفي له أن يطلب بطلان الوفاء وأن يرد الشيء ويكون له أن يطلب المدين بالوفاء بشيء مملوك له \* ويشترط ثانيا توافر الأهلية لدى الموفي \* ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان الموفى هو المدين أو غيره \* فإذا كان هو المدين ، تعين أن تتوفر في جانبه أهلية للتصرف والا كان وفاقه قابلا للإبطال \* ومع ذلك فالوفاء من ناقص الأهلية بشيء مستحق عليه يكون صحيحا ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا به (م. ٢/٣٩٢ مدني كويتي - م. ٣٢٥ مدني مصري) \* وتفسير ذلك ، أن المدين وقد وفى بالالتزام وهو ناقص الأهلية ، فإنه يكون قد قام بتصرف يمكن إجباره عليه إذا لم يتم به اختيارا \* ومن ثم فإنه إذا طلب إبطال الوفاء لنقص أهليته فإن ذلك يطبق بوجاهة اختياري قام به ويمكن للدائن أن يجبره على التنفيذ والوفاء \* وعليه فالمدين الموفى ناقص الأهلية ليس له مصلحة في طلب إبطال الوفاء ، وإذا طلبه لا يحكم له به لانعدام المصلحة والمصلحة مناط الدعوى (٢) \* ويظل الوفاء صحيحا وينتضي به الالتزام \* كل ذلك إلا إذا ترتب على وفاء المدين وهو ناقص الأهلية ضرر \* كما لو وفى قبيل حلول الأجل \* إذ في هذه الحالة تكون له مصلحة في طلب إبطال الوفاء لنقص أهليته \*

أما إذا كان الموفى غير المدين ، وجب توافر أهلية التصرف لديه إذا لم يقصد التبرع للمدين ، إلا إذا قصد من الوفاء التبرع لهذا المدين تعين أن تتوافر أهلية التبرع \*

## ٢٩٠ - رجوع الوفاء إذا كان شخصا آخر غير المدين :

وبالوفاء ينتضى الالتزام \* لكن إذا كان الموفى غير المدين كان له الرجوع

---

(٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٧٨ ، ص ١٥٦ راجع في المعنى أيضا  
المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ١٩٦ \*

على المحدين بقدر ما دفع ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٣ مدنى كويتى ( م .  
١/٣٢٤ مدنى مصرى ) \* وفى الواقع فان هذا الرجوع يفترض ان ذاك  
الموفى ليس متبرعا \*

ويلاحظ انه يجوز للمدين الذى حصل الوفاء دون علمه او رغم ارادته  
ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا او بعضا اذا اثبت ان له مصلحة فى  
الاعتراض على الوفاء \* ونصت على هذا للحكم المادة ٢/٣٩٣ ( م . ٢/٣٢٤  
مدنى مصرى ) \* وتظهر مصلحة المدين فى الاعتراض جلية اذا كان قد سبق  
له ان وفى للدائن او كان يريد التمسك بالمقاصة القانونية فى مواجهته \* ويكون  
الرجوع فى جميع الاحوال بدعوى للفصالة او الإثراء \*

### ثانيا - الوفى له

#### ٢٩١ - الأصل أن يكون الوفاء للدائن أو نائبه :

تقرر المادة ١/٣٩٩ من القانون المدنى الكويتى القاعدة فى هذا الشأن  
بقولها « يكون الوفاء للدائن » \* والقاعدة تضمنتها ايضا المادة ١/٣٣٢  
مدنى مصرى اذ قالت « يكون الوفاء للدائن أو نائبه » (٢) ، ويلاحظ ان المشرع  
لم يستطرد الى شروط اهلية الموفى له اغتناء بما جات به للقواعد العامة  
بشأن تصرفات ناقص الاهلية \* وعلى كل حال ، فانه من المتعين ان تتوافر  
لدى الدائن اهلية استيفاء الدين والا كان استيفاءه قابلا للإبطال \* هذا اذا  
كان الوفاء للدائن \* اما اذا كان الوفاء لنائبه ، كان من المتعين ان يكون الاستيفاء  
ضمن حدود النيابة \*

وقد تناول المشرع فى المادة ٢/٣٩٩ مدنى كويتى ( م . ٣٣٢ مدنى  
مصرى ) فرضا قضى فيه بصحة الوفاء الى من قدم للمدين مخالصة صادرة  
من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه او لنائبه \*  
وقد تغيا المشرع بذلك ان يجعل من المخالصة قرينة على ان من قمحها له  
صفة فى استيفاء الدين ، على ان تنتفى هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق  
على ان يكون الوفاء للدائن بنفسه او ان ينوب عنه \* اذ يتعين عندئذ على  
المدين ان يرفض الوفاء حتى يستوثق من صفة من بيده المخالصة \*

---

(٢) راجع فى القانون المدنى الفرنسى .

## ٢٩١ - براءة ذمة الوفي استثناء بالوفاء لغير الدائن أو نائبه :

نذكرنا ان للقاعدة ان يكون الوفاء للدائن أو نائبه ومقتضى هذه القاعدة ان الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون مبرراً للذمة . واستثناء على ذلك نص القانون المحنى على حالات ثلاثة تبرا فيها ذمة المحين على الرغم من ان الوفاء قد حصل لغير الدائن ونائبه . وقد ضمن المشرع المدني الكويتي هذه الحالات نص المادة ٤٠٠ ( م ٣٣٣ مدني مصري ) وهي على النحو التالي :

١ - تبرا ذمة المحين اذا وفي لغير الدائن ونائبه اذا أقر الدائن هذا الوفاء .

٢ - تبرا ذمة المحين بالوفاء الحاصل لغير الدائن ونائبه اذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء . وتبرا ذمة المحين بقدر هذه المنفعة . مثال ذلك ان يوفي المحين لشخص كان دائناً للدائن باعتبار ذلك استيفاء لحق هذا الشخص قبل دائن هذا المحين . وهذا يفترض بطبيعة الحال ان هذا الشخص له حق التقسم على سائر دائنني هذا الدائن .

٣ - اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بظهور الدائن . وقد نصت على هذا الحكم ايضا المادة ١٢٤٠ من القانون المحنى الفرنسى . ويشترط الفقه الفرنسى ان يكون الوفي حسن النية حتى تبرا ذمته<sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 504.

وراجع ايضا الحالة الاولى والثانية في المادة ١٢٣٦ مدني فرنسى .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 559.

## المبحث الثاني

### موضوع الوفاء

٢٩٢ - يتعلق البحث هنا بالاجابة عن تساؤل : بم يلتزم المدين في وفائه ؟ تتحدد الاجابة عن هذا التساؤل وفقا لقاعدتين هما الأساس :

الاولى : وتتقضى بوجوب وفاء المدين بالشئ المستحق والثانية وتخص عدم جواز تجزئة الوفاء \*

٢٩٣ - قاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق<sup>(١)</sup> :

ضمن المشرع المدني هذه القاعدة المادة ٤٠٥ مدني كويتي ونصها كالآتي « يكون الوفاء بالشئ المستحق غلبس للمدين أن يفى بغيره بدلا عنه ، بدون رضا الدائن ، ومعنى ذلك أن الشئ المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء » اذ لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بشئ آخر بدلا عنه . وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣٤١ مدني مصري . وتبعاً لذلك ، فإذا كان التزام المدين هو الالتزام بالقيام بعمل مثلا ، تعين عليه أن يقوم بالعمل ذاته دون غيره ، وكذا الأمر إذا كان التزله بامتناع عن عمل . اذ يكون قد وفى بالتزام بالامتناع عن اتيان للعمل محل الالتزام بالامتناع . وتطبيقاً لذلك أيضا - على سبيل المثال - فإنه إذا كان المدين ملتزماً بأداء مبلغ نقدي لن يتحقق الوفاء الا اذا أدى هذا المدين المبلغ كما هو محدد في مصدر التزامه به . وغير خلف أن قاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق لا تنطبق بالنظام العام اذ يمكن الخروج عليها بالاتفاق . وفي هذه الحالة - حيث يقبل الدائن البديل - نكون بصدد وفاء بمقابل \*

٢٩٤ - قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء :

فكرنا أن الأصل هو وجوب وفاء المدين بالشئ المستحق عليه دون غيره . والمدين اذ يجب عليه ذلك ، فإنه يتعين عليه للوفاء بكل الشئ .

(١) راجع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 561, p. 604-605.

GAUDIN DE LA GRANGE et RADOUANT : op. cit., n. 91.

المستحق . اذ لا يجوز له ان يجبر اداثن على قبول الوفاء بجزء من هذا المستحق . فالوفاء على هذا النحو يخضع لقاعدة عدم التجزئة . وقد نصت المادة ١/٤٠٦ منى كويتي « على انه لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على ان يقبل وفاء جزئيا لحقه ٠٠٠٠ » ( م ١/٣٤٢ منى مصرى ) . وقد خرج المشرع على هذه القاعدة (١) . بان اجاز للدائن والمدين الاتفاق مقدما على تجزئة الوفاء ( م ١/٤٠٦ منى كويتي - ١/٣٤٢ منى مصرى ) . اضافة الى ذلك ، فقد اضاف المشرع فى المادة ٢/٤٠٦ منى كويتي ( ٢/٣٤٢ منى مصرى ) ما يمكن ان نتصوره اجازة للدائن بالنزول عن حقه فى التمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء . فقد نصت المادة المذكورة على انه اذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقيل للدائن ان يستوفى الجزء المعترف به فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء . ومعنى ذلك انه ليس للمدين ان يتمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء وصولا منه الى رفض الوفاء - ولو بالجزء المعترف به - مستندا فى ذلك مثلا على ان النزاع لم يحسم بعد ويجب التزيت . وفى هذا الصدد فانه والدائن قد نزل عن حقه فى التمسك بعدم التجزئة بقبوله الوفاء بالجزء المعترف به ، فاننا ننبه اولا الى ان الوفاء الجزئى يتم هنا بعيدا عن الاتفاق . وثانيا ان الامر ليس من قبيل الاستثناء على قاعدة عدم تجزئة الوفاء . لأن الاستثناء عليها يفترض - فى نظرنا - ان الظروف متاحة للوفاء بكل المستحق واهم عنصر فى هذه الظروف خلو الدين من النزاع . اما ان يكون الدين متنازعا فى جزء منه فانه لا يأخذ وصف الدين الا ما هو معترف به . وبناء على هذا يمكننا القول ايضا ان الوفاء هنا ليس جزئيا بل هو وفاء بكل ما هو ثابت فى ذمة المدين وهو الجزء المعترف به . سيما اذا

(٢) وقد يكون للخروج على قاعدة عدم تجزئة الوفاء نفس قانونى ايضا الى جانب الاتفاق وذلك كما جاء فى عجز الفقرة الاولى من المادة ١/٤٠٦

راجع أمثلة على الخروج بالنص : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٢ .

راجع ايضا فى الاستثناءات للقانونية على عدم تجزئة الوفاء :

السهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٥١ ، ص ٧٦١ - ٧٦٢

وفكر منها المتكاسة . وهى اذ تؤدى الى انقضاء الدينين بحد الاقل منهما ، فان الوفاء بالجزء الباتى من الدين الاكبر يمد وفاء جزئيا .

راجع المادة ٢/٤٢٨ من القانون المنى الكويتى بخصوص هذا الاثر للمقاصة ( م ٢/٣٦٥ منى مصرى ) . وسوف نعرض لها تفصيلا فيما بعد فى باب انقضاء الالتزام - ومن الاستثناءات ايضا الدفع بالتقسيم فى حالة تعدد الكلاء بعد ولحد وكافوا غير متصلين م ١/٧٥٩ منى كويتي ( م ١/٧٩٢ منى مصرى ) .

أدركنا مفهوم الدين في الفقه الإسلامي كما يلي : « الدين : هو ما ثبت في  
الذمة » ونصت على ذلك المادة ١٩٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب  
الإمام أحمد بن حنبل .

#### ٢٩٥ - نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء :

إن النطاق الحقيقي لقاعدة عدم تجزئة الوفاء إنما يتحدد بحالة  
يكون فيها الدين واحدا وما يعرضه المدين لا يكفي وفاء بأصل هذا الدين  
أو به وملحقاته إن وجدت مثل المصروفات (٢) . ولكن تتورص صعوبة في  
الحالة الأخيرة حيث يكون على المدين أن يوفى - إلى جانب أصل الدين -  
ببعض الملحقات مثل المصروفات ، ولكن ما قسمه للوفاء لا يغطي الأصل  
والملحقات إذ كيف يتم خصم ما وماء المدين في هذه الحالة وصولا إلى تعيين  
ما تم الوفاء به من هذا الأصل وتلك الملحقات ؟

تصدى المشرع لهذه الحالة في المادة ٤٠٧ مدني كويتى بقوله :  
« إذا كان الدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأجير  
في الوفاء وكان ما اداه لا يفي بذلك جميعه خصم ما أدى من المصروفات ثم من  
التعويضات عن التأجير في الوفاء ثم من أصل الدين ما لم يوجد اتفاق  
على غير ذلك » (٤) .

وتطبيقا لذلك ، فإذا كان أصل الدين ألف ريال يلتزم المدين بالوفاء  
بها إضافة إلى مائتي ريال مصروفات ، كان مجموع الدين ألفا ومائتي ريال .  
فإذا دفع المدين تسعمائة ريال منها يجرى الخصم كما يلي : يخصم مما  
دفعه أولا المصروفات ويعتبر قد وفى بها كلها . ليكون للباقى مما دفع هو  
سبعمائة ريال تخصم من أصل الدين الذى يبقى منه ثلاثمائة ريال .

إلا أن هذا للترتيب في الخصم ليس من للنظام العام إذ يجوز الاتفاق  
- وعلى سبيل المثال - على أن يبدأ الخصم من أصل الدين .

(٢) راجع قاعدة عدم تجزئة الوفاء في المادة ١٢٤٤ مدني فرنسي .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 562, p. 605.

(٤) راجع المادة ٣٤٣ مدني مصري .

## ٢٩٦ - تعيين ما تم الوفاء به من الديون حال تعددها :

وإذا كان نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال الفرض الذي تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد ولو كان ما اداه المدين لا يغطي كل هذه الديون . وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الفرض قد يثير صعوبة في تعيين ما تم الوفاء من الديون تلك دون غيرها (٥) .

وبدعي ، فلا محل لأي صعوبة إذا كانت الديون المتعددة مختلفة في جنسها . فإذا كان محل الالتزام - وهذا دين - يتمثل في دفع مبلغ نقدي الى جانب التزامه تجاه نفس الدائن بالمبلغ بتسليم بضاعة وهذا دين آخر فإذا دفع المبلغ فقط أو سلم البضاعة فإن أمر تعيين ما تم الوفاء به وما بقي دونه لا يثير أي صعوبة . لكن الصعوبة في التعميم تنشأ إذا كانت الديون المتعددة من جنس واحد . كما إذا كان المدين ملتزما تجاه الدائن بأداء مبلغ نقدي معين ووفاء لقرض وملتزم تجاه هذا الدائن بمبلغ مماثل باعتباره ثمنا لشراء شيء . فإذا قام المدين بأداء مبلغ منهما نشأت صعوبة في تعيين الدين الذي تم الوفاء به دون غيره .

تصدت لذلك المادة ٤٠٨ من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٤٤ معنى مصري ) ونصت على أن للمدين أن يعين غد الوفاء الدين الذي يريد الخصم منه ما لم يمنعه اتفاق مسبق من ذلك أو يحول بينه وبين حقه في التعيين مانع قانوني . ومثال المانع القانوني أن يكون دين منها لم يحل أجله والأجل مقرر لمصلحة الدائن . إذ لا يجوز للمدين أن يختار الوفاء به (٦) .

وعلى الرغم من ذلك ، قد يحدث ألا يقوم المدين بالتعيين . وتصدت لهذا الفرض المادة ٤٠٩ من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٤٥ معنى مصري ) ويجري نصها على التالي :

« إذا لم يعين الدين الذي تم الوفاء به على الوجه المبين في المادة ٤٠٨ ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن

(٥) راجع في موقف لقانون المعنى الفرنسي :

AL, Imputation des paiements.

CARBONNIER : op. cit., n. 128. p. 497 et S.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 606, p. 640 et S.

(٦) راجع : محمد نبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٥ .



حساب أشدها كلفة على المدين فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يمينه الدائن ، •

ويتضح منها أن الوفاء يقع من الدين الذي حل • وذلك تمشيا مع نية المدين المفترضة وقت الوفاء دون تعيين • فإذا تصدحت الديون الحالة فإن الوفاء يقع من أشدها كلفة على المدين تقديرا بأن ذلك هو الاصلح له والأكثر اتفاقا مع قصده عند الوفاء دون تعيين<sup>(٧)</sup> • كما لو كان أحد هذه الديون يعرض المدين للحبس إذا لم يف به مثل دين النفقة • فإذا تساوت الديون في شدة الكلفة ، كان للدائن - والفرض أن المدين لم يعين الدين الذي يفى به - أن يعين الدين الذي يقع الوفاء منه •

---

(٧) ولجس : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٩٩ •

## المبحث الثالث

### الوفاء بمرادة الموفى وحده

٢٩٧ - قد يمتنع الدائن ودون مبرر عن قبول الوفاء • والمدين له مصلحة في أن يتم الوفاء ، فليس من شك في أن امتناعا مثل هذا من شأنه أن يلحق الضرر به • فلو كان المدين ملتزما بتسليم شيء تفرع عن ذلك التزامه بالمحافظة عليه • وامتناع الدائن عن استلام الشيء يعني - ابتداء - استمرار الالتزام بالمحافظة على الشيء قائما في جانب هذا المدين • وفي هذا يتجسد الضرر •

وامتناع الدائن عن قبول الوفاء دون مبرر يعد تعنتا ويتخذ هذا التعنت عدة صور نظم المشرع من الإجراءات ما هو كفيلا بالتغلب عليها • ونبحث هذه الإجراءات وتلك للصور ••

#### ٢٩٨ - أولا : صور تعنت الدائن :

تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي في صدرها صورا ثلاثا لتعنت الدائن بامتناعه عن قبول الوفاء ( م • ٣٣٤ مدني مصري ) فاما أن يرفض بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا واما أن يرفض القيام بأعمال لا يتم الوفاء بدونها واما أن يعلن رفضه للوفاء •

#### ونتحقق الصورة الأولى :

لو عرض المدين على الدائن عرضا فطريا - ولو بدون اعلان رسمي - الدين بتمابه عند حلول الاجل وفي المكان المحدد للوفاء به ورفض الدائن • ويكفي لتحقيق هذه الصورة أيضا مجرد ابداء المدين استعدادا للوفاء بالمدين على الوجه المتقدم فيرفض الدائن •

#### ونتحقق الصورة الثانية :

في حالة ما اذا استلزم الوفاء تدخل الدائن بعمل من جانبه كما لو كان الدين واجب للوفاء في موطن المدين وأبى أن يسمى اليه •

## وتتحقق الصورة الثالثة :

إذا بادر الدائن - وقبل أن يعرض المدين الوفاء - وأعلن أنه لن يقبل الوفاء إذا عرض عليه .

## ٢٩٩ - ثانيا : اجراءات إجبار الدائن على قبول الوفاء :

نظم القانون إجراءات للتغلب على تعنت الدائن بامتناعه دون مبرر عن قبول الوفاء . وتتخلص هذه الإجراءات إجمالاً في الإعذار والعرض الحقيقي ثم الإيداع ، وفي النهاية قبول الإيداع أو استصدار حكم بصحته . وكما ذكرنا فإن المشرع قد استهدف بهذه الإجراءات للتغلب على عنت الدائن برفضه قبول الوفاء وصولاً إلى إتمام الوفاء بإرادة المولى وحده . ونفضل ما أجمعنا من هذه الإجراءات .

## ٣٠٠ - ١ - أعذار المدين الدائن :

إذا رفض الدائن قبول الوفاء دون مبرر كان متعنتاً على ما ذكرنا . وأياً كانت صورة هذا التعنت يكون للمدين أن يعذره مسجلاً عليه هذا الرفض . والأعذار على هذا النحو إجراء يسلكه المدين إذا شاء وصولاً إلى وضع الدائن موضع التقصير . ويكون الأعذار بإعلان رسمي يسجل عليه فيه إحدى صور التعنت التي ذكرناها من قبل . ونصت على الأعذار الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٣٤ معنى مصري ) . وإذا تم الإعذار ، حددت المادة ٤٠١/٢ معنى كويتي عدة آثار تترتب عليه هي كما يلي :

( أ ) انتقال تبعة الهلاك أو للتلف إلى عاتق الدائن . فلو كانت تبعة الهلاك على المدين أصلاً كما هو الأمر في العقود الملتزمة للجانبين ، وأعذر المدين الدائن بعد رفضه تسلم الشيء ، ثم ملك الشيء بعد ذلك بقوة قاهرة ، انتقلت تبعة هذا الهلاك إلى الدائن بموجب النص المذكور وكأثر لهذا الأعذار .

( ب ) يكون للمدين ، وكأثر للإعذار ، أن يطالب الدائن بتعويض إذا كان له مقتضى . كما لو أدى امتناع الدائن عن الوفاء إلى الأضرار بالجانبين . والغالب وجود الضرر ، سيما إذا أدركنا - على ما ذكرت من قبل - أن للمدين مصلحة في تمام الوفاء .

(ج) يكون للمدين أيضا الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن ، كما سنرى عن الايداع باعتباره اجراءا للتعلم على غفلة الدائن .

وإذا أمعنا النظر ، وجعنا النص الكويتي السابق وإن كان يتفق ابتداء - بشأن آثار الاعذار - مع النص المتبادل من القانون المدني المصري وهو نص المادة ٣٣٥ فإن الاتفاق ينحصر في اثنين دون ثالثهما . وما يختلف فيه النص المصري يتمثل في وقف سريان الفوائد كأثر للاعذار وذلك يفترض أن الدين واحد على ما ذكرنا ، فإنه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال في المادة ٣٢٤ وقد حذفنا عبارة « وقف سريان للفوائد جريا على أحكام الشريعة الإسلامية بتحريم الفوائد الربوية » .

### ٣٠١ - ٢ - العرض الحقيقي :

للمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا على دائنته - نصت على ذلك المادة ٤٠٢ مدني كويتي ( ٣٣٩ مدني مصري ) (١) بقولها : « يقوم مقام الوفاء ، عرض الدين عرضا حقيقيا ، إذا تلاه ايداع أو اجزاء بجعل عنه وفقا لأحكام قانون المرافعات ، ثم قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته » . ويكون العرض الحقيقي وفقا لأحكام قانون المرافعات وتبعا لطبيعة العروض . إذ يقوم الدين بتسليم الشيء المستحق إلى مندوب الاعلان ( المضر ) . الذي يقوم بتسليمه للدائن . فإذا كان تسليمه ميسورا في موطن الدائن تعين أن يحمله اليه مندوب الاعلان والا كلفه بتسليمه حيث يوجد ( م ٢٩٩ من قانون المرافعات الكويتي ) . وإذا ما قبل الدائن العرض على ذلك للوجه فيكون الوفاء قد تم اليه منذ اللحظة التي يفترون فيها القبول بالعرض .

ومع ذلك ، فإنه قد يحول بين المدين وبين إمكان التعرف على الدائن الواجب الوفاء اليه حائل ، فيتمتعز اتخاذ اجراءات عرض الدين عرضا حقيقيا ، وكان لزاما لذلك فتح الباب أمام المدين للخلوص من عبء الدين بإيداعه مباشرة ايداعا غير مسبق بالعرض الحقيقي في الأحوال التي يتحقق فيها قيام ذلك الحائل ، وقد حصرتها المادة ٤٠٣ مدني كويتي ( م ٣٣٨ مدني مصري ) فيما يلي :

أولا : إذا كان المدين مجهول شخصية للدائن أو موطنه .

ثانيا : إذا كانت أهلية الدائن مقيدة أو محدومة وليس له نائب يقوم عنه في استيفاء الدين .

(١) راجع العرض الحقيقي في القانون المصري : للسعودي ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٣ ، ص ٧٢٧ - ٧٢٨ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٩٨ .

ثالثاً : اذا كان الدين محل نزاع بين عدة اشخاص ولم يقيس للمدين  
التثبت من صاحب الحق فيهم .

رابعا : اذا كانت هناك اسباب جدية أخرى تدور عدم اجراء العرض  
للحقيقى كما اذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يقيس له استيفاؤه قبل  
تنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup> . كما لو كان المشتري راعيا في الوفاء بالثمن الى البائع  
ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيعه في عقد البيع  
تمهيدا لتسجيل العقد ونقل الملكية ، فلا يكون امام المشتري مفر من ايداع  
الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطا بعدم صرفه اليه بعد توقيعه على  
العقد<sup>(٣)</sup> .

### ٣٠٢ - ٣ - الايداع والحراسة :

اذا لم يقبل الدائن العرض ، تمين اتخاذ اجراءات الايداع في قانون  
المرافعات وتتم بايداع الشيء خزانة ادارة للتنفيذ ( خزانة المحكمة في القانون  
المصرى ) اذا كان المعرض نقودا او غيره مما يقبل الايداع بالخزانة . اما اذا  
كان الشيء المعرض غير ذلك تمين استصدار امر من القاضي بالايداع في مكان  
امين . اما اذا كان المعرض شيئا يستحيل على الايداع فان الاجراء البديل  
هو استصدار امر القضاء بوضعه تحت الحراسة . واذا كان الشيء المعرض  
من الاشياء التى يسرع اليها التلف فيباع باذن القضاء ويودع الثمن المتحصل  
من البيع<sup>(٤)</sup> . ( المادتان ٣٠٠ ، ٣٠١ من قانون المرافعات الكويتى ) .

### ٣٠٣ - ٤ - قبول الدائن العرض او صدور حكم بصحته :

تدبىعود الدائن بعد اتهام الايداع ويقبل العرض ، كما انه قد يظل على  
موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسليم المعرض في الحالة الاولى بعد

(٢) الفكرة الايضاحية ، المرجع السابق .

(٤) راجع الفكرة الايضاحية للقانون الكويتى ، الموقع السابق .

والتقانون الحنفى المصرى ، راجع هذه الاحكام :

السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٢٤ ، ص ٧٣٩ - ٧٤٢ .

عبد الحمم الجدرولى ، المرجع السابق ، رقم ٣١٢ ، ص ٣٦١ - ٣٦٢

راجع ايضا حكم المادة ٣٣٦ ، ٣٣٧

من القانون الحنفى المصرى .

العرض وفاء مبرثاً للذمة • وفي الحالة الثانية يكون للمدين أن يطلب من المحكمة الحكم بصحة العرض والإيداع • ونص المادة ٤٠٢ مدني كويتي ( م ٣٣٩ مدني مصري ) وأضح في اعتبار قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحة العرض والإيداع بمثابة وفاء • والوفاء يكون من التاريخ الذي تم فيه العرض الحقيقي على الدائن مابتدؤه بالرفض ولم يشأ أن يقبله في حينه (١) •

ويلاحظ أن المادة ٤٠٤ / ١ من القانون المدني الكويتي ( م ١ / ٣٤٠٠ مدني مصري ) قد أجازت للمدين أن يرجع في عرضه ما دلم لم يقبله الدائن وما دلم لم يصدر حكم نهائي بصحته • فإذا رجع بقي الدين وملحقاته في ذمته كما لا تنفك عنه ضماناته • ويكون الرجوع وفقاً لأحكام قانون المرافعات • أما إذا كان الدائن قد قبل العرض أو كان قد صدر حكم نهائي بصحته ، فإنه لا يجوز للمدين أن يرجع في العرض إلا بموافقة الدائن ( م ٢ / ٤٠٤٠ مدني كويتي - م ٢ / ٣٤٠٠ مدني مصري ) •

---

(٥) راجع ، عبد التعم البدرلوي ، المرجع السابق ، رقم ٣١٢ ، ص ٣١٣ -

(٦) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، الموقع السابق •

## المبحث الرابع

### ظروف الوفاء

٣٠٤ - تكميم :

بحث في ظروف الوفاء : زمانه ومكانه ونفقاته وكيفية اثباته .

٣٠٥ - أولا - زمان الوفاء :

نصت المادة ١/٤١٠ من القانون المدني الكويتي ( م ١/٣٤٦ مدني مصري ) على أنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام في ذمة الدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه » . والمعنى الواضح للنص ، أن القاعدة هي وجوب الوفاء بالالتزام فوراً أي بمجرد نشوئه وتوقيته نهائياً في ذمة الدين (١) . وهذه القاعدة تفترض أنه لم يتحدد أي أجل للوفاء بالالتزام ، فلذا تحدد الأجل بالاتفاق أو نص القانون تعين أن يتم الوفاء فيه . واستثناء من ذلك نصت المادة ٢/٤١٠ مدني كويتي على أنه : « يجوز للقاضي ، إذا لم يضمنه نص في القانون أن يفطر الدين إلى أجل مناسب أو يقسط عليه الدين إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم » (٢) .

وواضح أن النص يتكلم عما نسميه نظرة الميسره (٣) وفي ضوءه يمكننا أن نستخلص عدة شروط ينبغي توافرها لتحقق الدين نظرة الميسره تلك :

---

(١) راجع حكم المادة ١٢٤٤ مدني فرنسي .

MAZEAUD : op. cit., n. 806, p. 494.

MARTY et RAYNAUD : n. 735, p. 751 et S.

(٢) ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني مصري تطابق الفقرة الثانية من المادة ٤١٠ مدني كويتي ما عدا عبارة « أو يقسط عليه الدين » التي جاء النص المصري خلوها منها .

(٣) راجع حكم المادة ١٢٤٤ مدني فرنسي .

١ - ألا يكون منح المهلة في حالات حظر فيها المشرع منح هذه المهلة للمدين كما هو الحال بالنسبة للوفاء بالكفيلة<sup>(١)</sup> .

٢ - أن تكون حالة المدين تستأهل لاثاره بالمهلة . وللقاضي تقدير ذلك في ضوء ما يحيط بهذا المدين من ملائمت وطى الأخص حال كونه حسن النية أو غير ذلك . وعلى ذلك لا يجوز منح المهلة للمدين إذا كان سيئ النية وتعمد عدم الوفاء<sup>(٢)</sup> كذلك لا يجوز منح المهلة إذا كان المدين قد قصير في الوفاء تصورا بينا أو كان مصيرا لا يرجي منه الاقتدار على الوفاء<sup>(٣)</sup> .

٣ - ألا يكون من شأن منح المهلة للمدين إلحاق ضرر شديد بال دائن . فإذا كان في منح هذه المهلة ما يؤدي إلى الضرر الجسيم بالدائن ، كما لو اعتمد على استيفاء الدين للوفاء بدين عليه ، لما كان ذلك جائزا .

٤ - أن تكون المهلة الممنوحة بحقولة . وتقتل بقدر ما هو ضروري لمتمكن للمدين من الوفاء<sup>(٤)</sup> .

إذا تولفت للشروط السابقة ، جاز للقاضي أن يمنح للمدين مهلة للوفاء بالقضائه . ويقرب على منح هذه المهلة عدم جواز قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ لإجبار المدين على الوفاء . فإذا كان قد بدأ فيها قبل منح المهلة يبقى قائما ما تم منها حتى أوقفت بمنح المهلة وكان ما وقع منها بعد ذلك باطلا .

(١) من المانع للقانونية للمهلة القضائية راجع أيضا ما نصت عليه المادة ٢١٠ مدنى كويتى ( ١٥٨ مدنى مصرى ) - وما نصت عليه المادة ٥٠٥ مدنى كويتى ( م . ٤٦١ مدنى مصرى ) وقد أجاز النص الأول للطرف لانتد الاتساق على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل للوفاء . وفى النص الثانى وبالنسبة لبيع العقارات أو العروض فإنه يكون مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولم يدفع . وحال عدم الدفع لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل للوفاء .

(٥) فى هذا الصدد ، السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٢٦ ص ٧٨١ - محمد لبيب شطب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ ، ص ١٦٧ .

(٦) المفكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٩ .

(٧) السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٢ ، ص ٧٨٢ وقد حددت المادة ٢/١٢٤٤ معنى فرنسى المهلة بسنة واحدة لا تزيد . وراجع فى بيان ذلك :

MAZEAUD : op. cit., n. 909, p. 895.



ويلاحظ أن وقت إجراءات التنفيذ يمنح المهلة لا يمنع من اتخاذ الإجراءات التحفظية .

وتجدر الإشارة أخيراً إلا أن أثر منحه المهلة هو أثر نسبي ، لا يتمدى المدين المنوح من جهة والدائن الذى حكم فى مواجهته بها من جهة أخرى .  
فلا يستفيد منها أى مدين آخر ولو كان متضامناً وإن كان يستفيد منها للكنيل .  
كذلك لا تسرى فى مواجهة دائن آخر ولو كان متضامناً مع الدائن الذى حكم بالمهلة فى مواجهته (٨) .

وتتقضى المهلة أو نظرة المصرة بما ينتقضى به الاجل ، اذ تنتقضى بالاطول أى بغير مدة المهلة وتتقضى أيضاً بشهر اعسار المدين أو لفلاسه وبانحساف التامينات التى تسجها للدائن (٩) .

### ٣٠٦ - ثانياً - مكان الوفاء :

نصت المادة ٤١٢ مدنى كويتى (م) ٣٤٧ مدنى مصرى ( طى ما يلقى :

١ - يكون الوفاء فى موطن المدين كما يجوز أن يكون فى مكان عمله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذا العمل .

٢ - ومع ذلك يكون الوفاء بتسليم شئ معين بالذات فى المكان الذى كان فيه وقت نشوء الالتزام .

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بشئ .

وكما يبين من النص ، فله يتعين التفرقة بين فرضين بخصوص تعيين مكان الوفاء بالالتزام .

### الفرض الأول :

وفيه يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . حيث يجب الوفاء به فى المكان الذى كان هذا الشئ موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام . والأصل فى

(٨) راجع ، لسنهوري ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٤ ، ص ٧٨٦ .

(٩) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ مكرر ، ص ١٦٩ .

هكذا ان يكون الشيء له مكان ثابت • وهذا احتمال • فما اذا كان الشيء دائما للتقل • وهذا احتمال ثان في هذا الفرض ( كسيارة ) فان الوفاء يكون في موطن الدين لانه الاقرب احتمالا الى لرادة المتماثلين(١١) •

### الفرض الثاني :

وفيها لا يكون محل الالتزام معينا بالذات • كما لو كان تسليم شيء غير معين بالذات أي شيء مثلي أو كان عملا أو امتناعا عن عمل • حيث يكون الوفاء في المكان الذي به موطن الدين وقت وجوب الوفاء • ويعبر عن ذلك بأن الدين مطلوب لا محمول • أي على معنى أن يذهب الدائن الى الدين ليطلب دينه منه وليس على الدين أن يحصل الدين الى الدائن(١٢) •

ونفبه الى ان تحديد مكان الوفاء في للفرضين السابقين على أساس النص السابق انما يفترض ان هذا المكان لم يتحدد بالاتفاق •

### ٣٠٧ - اثبات نفقات الوفاء :

نصت المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي على أن نفقات الوفاء تكون على الدين الا اذا وجد اتفاق أو نص في القانون أو عرف يقضي بغير ذلك • (راجع المادة ٣٤٨ مدني مصري) •

والنص واضح في ان الأصل هو أن يتحمل الدين نفقات الوفاء بالالتزام • والنفقات المقصودة في هذا المقام هي تلك التي تصرف في سبيل الوفاء بالدين مثل ثمن الشيك والجرة أو الوزن أو الكيل ونفقات ارسال الدين الى الدائن(١٣) • وذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص أو عرف يقضي بغير ذلك •

### ٣٠٨ - ارباع اثبات الوفاء :

يقع عبء اثبات الوفاء على الدين • ولما كان الوفاء يعمد تصرفا قانونيا ، فانه يخضع في اثباته للقواعد المقررة في اثبات هذه التصرفات • ومضاد ذلك بطبيعة الحال انه يتعين اثبات الوفاء بالكتابة اذا كانت قيمة

(١٠) راجع : عبد القم البدراني ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٢ ، ص ٢٧٢ •

(١١) راجع ، محمد ليبي شبيب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٥ ، ص ١٣١ •

(١٢) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ٧٠٠ •

الالتزام تزيد على خصمائه دينار كما نصت المادة ٣٩ من قانون الاثبات الجديد في الكويت (١٢) . ويقدر الالتزام - تبعاً لهذا النص - باعتباره قيمته وقت صدور التصرف بغض عن اللحظيات التي الأصل .

ويلاحظ ، ان اثبات الوفاء بالكتابة يكون واجباً في الاطار المتكتم ولو كان هذا الوفاء جزئياً . وعلى ذلك ، لو قام الدين بالوفاء بجزء من الدين وجب عليه اثباته بالكتابة ولو كانت قيمة هذا الجزء أقل من خصمائه دينار ما دام أصل الدين يجاوزها في قيمته ونصت على ذلك أيضاً المادة ٣٩ سابقة الذكر في عجزها اذ قالت : « وتكون العبرة في اثبات الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي ، وهو الحكم الذي نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الاثبات في مصر » (١٣) وقد تخفياً للشرع بهذا الحكم قطع الطريق أمام المدين في التخالف على قواعد الاثبات وتمسكه بوفاء الدين مجزاً الى أجزاء تدخل في نصاب الشهادة . ومن ناحية أخرى فقد استهدف المشرع بهذا الحكم حماية المدين من محاولات الدائن استيفاء الدين على أجزاء في حدود نصاب الشهادة لكي يصل من ذلك الى قطع مرور الزمان .

وعلى حد ما جاء بالنص السابق أيضاً ، فان وحدة المصدر القانوني للتصرف هي الأساس في تقدير قيمته بغض النظر عن تعدد الطلبات في الدعوى تبعاً لتعدد مصادرها حتى وان كانت هذه التصرفات من طبيعة واحدة . وانصحت التصرفات بين نفس الخصوم ، فإذا نشأت بين الطرفين ديون متعددة من مصادر متعددة تعين أن يستقل كل دين منها بدليل اثباته تبعاً لقيمه . فإذا كانت القيمة خصمائه دينار فاقبل جاز الاثبات بشهادة للشهود والا وجب الاثبات بالكتابة أو ما يقوم مقامها (١٤) .

(١٢) وقد صدر قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية في الكويت بالمرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ في ١٩٨٠/١/٤ ونشر بالمصدر رقم ١٢٠٧ من الجريدة الرسمية للكويت لليوم الصادر بتاريخ ١٩٨٠/١/٢٥ . ويبدأ العمل به من أول نوفمبر سنة ١٩٨٠ .

(١٣) راجع للمؤلف : الاثبات : مذكرات على الآلة للكتابة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٦ - ١٩٧٧ .

راجع أيضاً المادة ٤٢ من مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية على أساس الفقه الإسلامي في مصر .

(١٤) راجع المذكرة التوضيحية لقانون الاثبات الكويتي .

وبالنظر إلى أنه يقع كثيرا في الجهل وبخاصة في حالة الوفاء بجزء من الدين ، أن يؤثر الدائن على السند بكل دفعه أو تسط يستأده من الدين ، ويستبقى التوقيع حتى مداد الدين بأكمله ، كما يحدث أن الدين إذا كان بيده نسخة من السند أو مخالصة بتسط سابق من الدين دون أن يتطلب توقيع الدائن انتظارا إلى حين الوفاء ببقية الدين ، ولذلك وتحقيقا للغاية المقصودة عادة من التعامل على ذلك الوجه فقد ضمن المشرع الكويتي المادة ٢١ من قانون الائتمانات حكما يقضى بأن تاشيرة الدائن ببرائة الدين في مثل تلك الأحوال ولو لم يكن مزيلا بتوقيعه يعتبر قرينة بسيطة على الوفاء متى توافرت ظروف معينة تجعل على الاعتقاد بصحة الوفاء المؤشر به .

وتقوم القرينة في حالتين . في الأولى يوضع الدائن بالوفاء على سنده الأصلي وبغير أن يوقع على ذلك للتأشير . وفي الثانية يؤثر الدائن بالوفاء على نسخة أصلية أخرى للسند أو على مخالصة والنسخة أو المخالصة بيد المدين (١٦) .

---

(١٦) راجع الفقرة الأولى من المادة ٢١ من قانون الائتمانات الكويتي .

## المبحث الخامس

### آثار الوفاء

٣١٩ - تمهيد وتقسيم :

رأينا أن الوفاء بالالتزام ولئن كان لثرا من آثاره إلا أنه يمد - وينفس التمسك - سببا لانقضائه . ولذا ، كان حرص المشرع المدني على تناوله وهو يتكلم عن انقضاء الالتزام وهذا بدعي . إذ الأثر الطبيعي للوفاء بالالتزام هو انقضاؤه . وهذا الأثر إذا يتحقق ومن ثم تبرأ ذمة الدين تجاه الدائن ، فله يكون سواء كان الموفى هو الدين أو شخص آخر غيره . . . ويلاحظ أن الوفاء في الحالة الأخيرة يحتاج إلى وقفنة . فإذا كان الموفى غير الدين متبرعا لنتهى الأمر عند برائة ذمة الدين تجاه الدائن والأصل أيضا براءة ذمته تجاه الغير الموفى لأنه متبرع . أما إذا لم يكن هذا الغير متبرعا فليس من شك في حقه في الرجوع على الدين بما قدم للدائن . وقد يستند في رجوعه إما على دعوى شخصية هي دعوى للفصالة لأن عطية الوفاء من غير الدين هي في ذاتها من أصل الفصالة<sup>(١)</sup> وأما أن يستند في رجوعه على دعوى الإثراء . ومع هذا للرجوع فإن هذا الغير الموفى قد يجابه خطر ضياع للتأمينات التي كانت تضمن للوفاء بحق الدائن تجاه الدين . وتفسير ذلك أن التزم الدين بأن يؤدي للغير ما وفاه للدائن إنما يمكن أن ينظر إليه على أنه دين جديد للموفى مستقل عن ذلك الذي تم الوفاء به للدائن . وعليه ، فله إذا كان الالتزام للموفى به مضمونا بتأمينات شخصية كانت أو عينية فانها تنقضى مع انقضاء الالتزام بالوفاء به رستم لا يستفيد منها للغير الذي أوفى عن الدين لضمان الدين الجديد<sup>(٢)</sup> . وقد تصدى

(١) راجع محمد لبيب شنب ، المراجع السابق ، رقم ١٩٤ صفحة ١٧٧ .

(٢) راجع في هذا التطويل محمد لبيب شنب ، المراجع السابق .

راجع أيضا :

MAZEAUD : op. cit., r. 843, p. 843.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 607, p. 642.

«المشرع المدني لهذا الخطر بتنظيم ما يسمى « اللقواء مع الطول » ، ومؤداه أنه إذا كان الموق غير المدين ، فإن وفاء مثل هذا وإن كان يبرىء ذمة المدين تجاه الدائن ، فإنه يبقى على هذه الذمة مسؤولة بالمدين تجاه الغير الموق ، الذى يحل محل الدائن أما بالاتفاق أو بنص القانون ، ليكون الطول على هذا النحو اتفاقياً أو قانونياً - وهو طول شخصي<sup>(٢)</sup> ونبحث الطول الاتفاقي ثم للطول القانوني وأشارهما - كل ذلك في مطالب ثلاثة على التوالى -

---

(٢) راجع في مسود الطول الشخصي :

## المطلب الأول

### الحلول الاتفاقية

#### LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

٣١٥ - تعريف :

الحلول الاتفاقية عبارة عن حلول الغير الموفى محل الدائن وذلك بموجب اتفاق معه أو مع الدين وبمقتضى هذا الحلول يكون لهذا الغير الموفى أن يطالب الدين بما كان في حقه للدائن (١) .

وللحلول الاتفاقية على هذا النحو صورتان إذ يتم في الأولى باتفاق الغير الموفى مع الدائن بينما يتم في الثانية باتفاق هذا الغير مع الدين .

٣١٦ - الحلول باتفاق الغير الموفى مع الدائن :

تناول المشرع المدني الكويتي هذه الصورة بالنص عليها في المادة ١/٣٦٥ إذ قال : « للدائن الذي استوفى حقه من غير الدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل الدين ذلك ، على أن يكون الاتفاق وارداً في محضر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء ، وهي الصورة التي نص عليها المشرع المدني المصري في المادة ٣٢٧ . »

وكما يتضح من النص ، فانه يتعين توافر الشروط الآتية في هذه الصورة للحلول الاتفاقية :

١ - يجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين طرفيه وقت الوفاء . ونقصد بذلك أولاً أن نبرز طرفي الحلول الاتفاقية في هذه الصورة وهما الغير الموفى والدائن . إذ الدين ليس طرفاً فيه . ليس هذا فحسب بل أن رضائه ليس بشرط واعتراضه على الحلول لا تأثير له . وثانياً : ألا يتأخر الاتفاق على الحلول بين طرفيه عن وقت الوفاء . ومفهومنا لذلك هو الاتفاق على الحلول يمكن

PONSARD (A) BLONDEL (P.) "subrogation" repertions de  
droit civil, 1979, T. VII.

أن يكون سابقا للوفاء أو معاصرا له . فالمرجع منع بالنص لتفاننا على الحلول .  
يكون لاحقا للوفاء . وعلة هذا المنع كما ذهب للبعض ، أن الالتزام ينتفى  
بالوفاء ، ولا يمتل أن يتفق بعد ذلك على لحلال الغير الموفى محل الدائن  
فيسه (\*) .

٢ - أن يكون الاتفاق على الحلول في محرر ذابت التاريخ والغالب أن يرد  
الاتفاق على الحلول في الخلاصة التي تثبت الوفاء ليكون الحلول في معية  
للوفاء بالخلاصة تلك (\*) .

ونود أن نشير - في عجالة - إلى وجوب عدم الخلط بين الوفاء مع  
الحلول في هذه الصورة من ناحية وحالة الحق من ناحية أخرى . ونوجز  
الفروق بينهما فيما يلي :

أولا : على الرغم من أن هناك تشابها بين الوفاء مع الحلول في هذه  
الصورة وحالة الحق ، فإن الاختلاف بين بينهما . فالوفاء مع الحلول في  
الصورة التي نحن بصددتها يتم باتساق الدائن المستوف والغير الموفى كما هو  
الأمر في حالة الحق ، وتنتقد - على ما مر بنا - باتفاق المحل ( الدائن )  
والمحال له . فلابد من رضا الدائن فيهما بينما رضا المدين غير ضروري . ومع  
ذلك - وهو موقع للاختلاف بينهما - فإن حالة الحق لا تكون نافذة في حق  
المدين أو الغير إلا بطمه ولطعم يكون بالتبولى أو الإعلان كما رأينا من قبل .  
بمضلاب الوفاء مع الحلول وهو نافذ في حق المدين وفي حق الغير دون أى  
إجراء (\*) .

ثانيا : يختلف الوفاء مع الحلول أيضا عن حالة الحق في رجوع  
الموفى والمحال له بحتهما . فالوفى له في رجوعه على المدين دعويان : دعوى  
الحق الذى لنقبل فيه ويقتضياها يطلب بحق الدائن ، ودعوى شخصية  
ناشئة عن ولتمة الوفاء وتجد مصدرا في الوكالة أو الفضالة أو الإجراء

(٤) راجع محمد فهد شذب ، المرجع السابق رقم ١٩٦ ، صفحة ١٧٩ .

(٥) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 612 p. 644.

(٦) السطوي ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ١٠٧ ، صفحة ٧٠٦ .

راجع أيضا :

Le plus souvent La quittonce subrogative est établie au  
moment du paiement et elle constate La simultanéité du  
paiement et de la subrogation.



بلا سبب ظالمون دعويان دعوى الطول والدعوى الشخصية . أما الحال .  
له فليس له في رجوعه سوى دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي للتسلل  
إليه ولا يمكن الرجوع على الدين بغيرها (٢٨) .

ثالثا : نفترض حوالة الحق غالبا أن شخصا يتكلم لشراء الحق أقل  
من قيمته ويرجع ذلك لسبب منها : أن يكون الحق مضاعفا لأجل  
ولم يحل أو أن هناك عقبات أمام استيفاء هذا الحق ويتقدم للشخص  
( الحال له ) لشراء الحق بأقل من قيمته ويرجع على الدين بالقيمة كاملة .  
وواضح أن للمدفع من الحوالة على هذا النحو يتمثل في المضاربة والاستثمار  
بخلاف الوفاء مع الطول . إذ الغير الموفى يقوم بالوفاء غالبا بقصد أداء  
خسمة الدين إذ يفي بالدين ولا يرجع على الدين إلا عند الميسرة مثلا .

رابعا : يجده الوفاء مع الطول مصدره - بصفة عامة - أما في اتفاق  
أو نص قانوني إذ لا طول على ما فكرنا طول اتفاق أو قانوني . بخلاف  
حوالة الحق فليس لها من مصدر إلا الاتفاق (٢٩) .

وخلاصة لما تقدم ، يمكننا القول بأن حوالة الحق تختلف من  
الوفاء مع الطول ، الذي يتم باتفاق الدائن والغير الموفى ، من حيث الانفصال  
والآثار والغرض والمصدر .

### ٣١٢ - الطول باتفاق الغير مع الدين :

نص المشرع المدني في الكويت على هذه الصورة في الفترة الثانية من  
المادة ٣٩٥ من القانون المدني هناك إذ قال « وللمدين أيضا إذا افترض مالا  
سدد به الدين أن يحل المقترض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير  
رضا هذا المدين ، على أن يكون الاتفاق على الطول ولها في مجرد ثبوت  
التاريخ ، وإن يفكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وإن يبين في  
المخالصة أن الوفاء كان من المال المقترض من الدائن الجديد ولا يجوز  
للدائن الأصلي أن يرفض إدراج هذا البيان ، » وهي الصورة التي تناولها  
المشرع المصري في المادة ٣٢٨ من القانون المدني . والمعنى الواضح للنص أن  
الطول يقع في هذه الصورة باتفاق الغير الموفى مع الدين على أن يقرضه  
مالا يوفى به الأخير ( وهو المقترض ) حين الدائن ، على أن يحل محله في  
حقه .

ويمكننا أن نستخلص عدة شروط للطول باتفاق الغير في هذه الصورة كما  
يتضح من النص :

(٧) راجع : عبد الجبار البدرولي ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٨ صفحة ٣٩٠ .

MARTY et RAYNAUD : op. cit.

(٨) راجع

١٠ - أن يكون الاتفاق على الحول ولردا في محدد ثابت التاريخ كما هو الحال في الصورة الأولى للاتفاقي وهو شرط لم يعرض له النص المصري المتبادل من القانون المدني المصري (م ٣٢٨) .

٢ - أن يذكر في عقد القرض أن المال الذي لمقرضه المدين قد خصص للوفاء بحق الدائن الذي يريد المقرض للحول محله في حقوقه . وهو شرط تنبأه صراحة المشرع المدني المصري في النص المذكور .

٣ - يجب أن يذكر في المخالصة الصادرة من الدائن الأصلي أن الوفاء كائن من المال المقرض من الدائن الجديد . وهذا الشرط ولئن ورد أيضا في المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري إلا أن النص الكويتي قد تضمن حكما جاء هذا النص المصري خاليا منه . إذ منع المشرع الكويتي في المادة ٣٩٥/٢ على الدائن الأصلي أن يرفض ذكر للبيان السابق - مضمون هذا الشرط - في المخالصة الصادرة منه . وقد نقل هذا الحكم عن المادة ٣/٢١٠٢ من القانون المدني الإيطالي وذلك لازالة كل لبس في أن الدائن الأصلي يعتبر متمتعا عن قبول الوفاء لذا رفض لثبات تلك الواقعة بالمخالصة مما يميز إجباره على قبول الوفاء بطريق العرض الحقيقي والإيداع<sup>(١)</sup> .

#### ٣١٤ - الفقرة بين صورتى الحول الاتفاقي :

في التطبيق على نص المادة ١٢٥٠ من القانون المدني الفرنسي عرض الاستاذة هاتو لمييار للفرقة بين صورتى الحول الاتفاقي : الحول باتفاق الغير الوفي منح الدائن وتضمنتها الفقرة الأولى من هذا النص والحول باتفاق الغير مع المدين وهو موضوع الفقرة الثانية من النص المشار اليه . ففي الصورة الأولى يقوم الغير بالوفاء مباشرة للدائن أما الثانية فيسلم فيها الغير المال المقرض للمدين الذي يقوم بنفسه للدائن . وفي ضوء هذا التحليل عرض لمييار<sup>(٢)</sup> للفرقة بين الصورتين كما جاء في حكم دائرة المرافض بتاريخ ١٩٣٦/٢/٢٠ .

ومؤداه أن العبرة بالشخص الذي تلقى المال من الغير . فإذا كان هو الدائن كنّا في نطاق الصورة الأولى ، بينما تكون في نطاق الثانية أو كان الشخص هو المدين .

(١) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، صفحة ١٩٦ .

MAZEAUD : op. cit., n. 845, p. 844.

(١٠) راجع :

(١١) راجع حكم دائرة المرافض بمحكمة النقض الفرنسية والتطبيق عليه :

MAZEAUD : op. cit., Lectures, p. 854-855.

## المطلب الثاني

### الحلول القانوني

#### LA SUBRUGATION LEGAL

#### ٣١٤ - حالات الطول القانوني :

يكون الطول القانوني في عدة حالات منح المشرع للموَف - في نطاقها - حق الطول محل الدائن وعلى ما يبدو من هذه الحالات - كما سنعرض لها - فإن الموَف الذي يحل محل الدائن بقوة القانون هو دائما صاحب مصلحة في الوفاء بالدين المدين ، وينبأ على ذلك خضوله المشرع للوفاء بالدين رغم إدارة الدائن والمدين على السواء ويتم حطوله محل الدائن .

وقد ذكر المشرع المدني في الكويت اغلب هذه الحالات في المادة ٣٩٤ من القانون المدني هناك ونذكر هذه الحالات إجمالاً على النحو التالي :

- ١ - إذا كان الموَف ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه .
- ٢ - إذا كان الموَف دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ولم يكن للموَف أى تأمين .
- ٣ - إذا كان الموَف قد تملك شيئاً ولدى الدين الدائن خصص الشيء لضمان حقه .
- ٤ - إذا كان هناك نص خاص يقرر للموَف حق الطول .

وهي نفس الحالات التي تناولها المشرع المصري في المادة ٣٢٦ من القانون المدني مع اختلاف في الصياغة بالنسبة للحالة الثالثة بصفة خاصة ونفصل ما أجعلنا .

---

SAVATIER : op. cit., n. 278, p. 337-338.

MAZEAUD : op. cit., n. 854-856, p. 848-851.

## الحالة الأولى - إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع الدين أو ملزماً بوفائه عنه :

تتحقق هذه الحالة الأولى للطول للقانوني عندما يكون الموفى إما ملزماً بالدين مع الدين كما لو كان مدينًا متضامناً وأما ملزماً بوفائه عنه كما لو كان كفيلاً شخصياً أو عينياً . إذ قد يكون لأى من هؤلاء مصلحة في دواء مطالبته للدائن له بدين الدين أمام القضاء .

## الحالة الثانية - إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقحماً عليه بما له من تأمين عينى :

وتفترض هذه الحالة أن الموفى دائئ والمستوفى دائئ آخر يتقدم عليه وهو إذ يتقدم فانه يكون مقحماً بماله من تأمين عينى ليس للموفى . كما يمكن أن يتقدم ولو كان للموفى تأمين عينى ما دام في مرتبة أقبل . وقد قرر المشرع الطول للموفى في هذه الحالة حتى يمنع الدائن المتقدم في المرتبة من بيع المال المحصل بالتأمين في وقت غير مناسب لأن الأسعار منخفضة مثلاً .

فلو كان ( أ ) مدينًا لكل من ب ، ج ، د بمبلغ نقدي وكان حق ( ج ) مضموناً بتأمين عينى مثل الرهن . فإن ( ج ) يكون مقحماً على سائر الدائنين في استيفاء حقه مما يجوز له بيع المال المرصود واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية . إلا أن ( ب ) قد يرى أن الثمن المقارنات منخفضة ويخشى أن يقدم ( ج ) على بيع المال المرصود في هذا الوقت غير المناسب مما يضره . فقد لا يكنى الثمن المنخفض إلا سداد حق الدائن صاحب التأمين ، الأمر الذى يلجأ معه ( ب ) إلى أداء حق ( ج ) ويحل محله فيه بماله من تأمين ، ويصير الموفى دائئاً بعين مضمون بتأمين إلى جانب كونه دائئاً عادياً بدينه الأصلي وهو عادى غير مضمون .

## الحالة الثالثة - إذا كان الموفى قد تملك شيئاً وأدى الدين لدائن خصص الشيء لضمان حقه :

وتتحقق هذه الحالة إذا اشترى شخص د شيئاً ، والشيء مخصص لضمان حق دائن فيقوم بجفع ثمن الشيء لهذه الدائن حتى يتجنب للتنفيذ على المال ويتحقق اللواء . فالوفى على هذا النحو - وعلى حد تعبير المادة ٣٩٤ مدنى كويتى - قد تملك شيئاً وأدى الدين لدائن بجصي الشيء لضمان

حقه . أما النص المصري المقابل من القانون المدني وهو نص المادة ٣٢٦ ، فقد كانت صياغته لهذه الحالة للحلول للقانوني كما يلي : « إذا كان الموقد قد اشترى عقارا ودفعت ثمنه أدلتهم خصص العقار لضمان حقوقهم » . وقد استخدم المشرع المصري كلمة « عقار » ، بخلاف المشرع الكويتي الذي لم يخصص باستخدام كلمة « شيئا » ، عقارا كان هذا الشيء أو منقولا .

**الحالة الرابعة - وجود نص خاص يقرر للمؤمن حق للحلول :**

من ذلك ما تنص به المادة ١/٨٠١ من القانون المدني الكويتي (١٢) من أن المؤمن - في التأمين من الاضرار - يحل قانونا جبا آداء من تمويض في الدعوى التي تكون المؤمن له قبل المسئول قانونا عن الضرر المؤمن منه .

---

(١٢) راجع أيضا حكم المادة ٧٧١ من قانون مصر في هذا الخصوص :

## المطلب الثالث

### آثار الحلول

#### ٣١٥ - الطبيعة الزوجية للوفاء مع الحلول :

إن الوفاء على آثار الحلول نتيجة للوفاء انما يحتاج الى تحليل لطبيعة هذه العملية برمتها . وفي هذا الصدد نقول ان العملية تلك تتضمن وفاء في جانب منها . اذ لا شك في استيفاء الدائن الأصلي حقه من الوفاء ونتيجة ذلك بطبيعة الحال لتقضاء الحق بالنسبة لهذا الدائن هذا من ناحية . ومن ناحية اخرى فان العملية المذكورة تتضمن ايضا - وهذا بجانب ثان - انتقالا للحق . وتفسير ذلك ان قيام الوفاء بالوفاء وان ترتب عليه انتفاء حق الدائن فلا يؤدي الى براءة ذمة الدين الأصلي وهو لم يتم بالوفاء وتظل ذمته مشغولة بالدين تجاه الموفى الذي يحل محل الدائن . وخلاصة ذلك ان الوفاء مع الحلول عملية مزوجة في طبيعتها ، وهي تنطوي على وفاء وانتقال للحق<sup>(١)</sup> ومن خلال التحليل المتقدم يسهل علينا تحديد آثار الوفاء مع الحلول .

#### ٣١٦ - الآثار الجوهرية للحلول ونتائجه :

يمثل الآثار الجوهرية للحلول سواء كان اتفاقيا او قانونيا في صيرورة الموفى دائنا للمدين بذات الحق الذي كان للدائن الذي استوفى حقه . وهذا الآثار الجوهرية - وترد عليه بعض القيود ويرتب عدة نتائج - ضمنه المشرع المادة ٣٩٦ م.م. ٢٣٩٠ م.م. (مصرى) اذ قال :

« من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توارب ، وما يكفله من تامينات وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا للحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن » .

ومن هذا يتضح انه يترتب على حلول الموفى دائنا بذات الحق الذي كان للمستوفي عدة نتائج نبرزها على النحو التالي :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 622, p. 654.

MAZEAUD : op. cit., n. 801, p. 854.

(١٣) راجع :

١ - أن الموفى وهو يحل محل الدائن المستوفى ، ينتقل إليه حق الأخير بماله من خصائص . فإذا كان الحق تجاريا انتقل كذلك . غلواء لا ينشئ للموفى حقا جديدا .

٢ - يكون للموفى أيضا حق الدائن المستوفى بما يلحقه من توابيع . ويعتبر تابعا للحق أن يكون للدائن المستوفى حق للطن في تصرفات الدين . بالدعوى البولصية أو أن يكون له حق الحبس ، حيث يكون للموفى للطن . بهذه الدعوى وتنتقل إليه الدين المحبوسة من الدائن المستوفى<sup>(١٤)</sup> .

٣ - يكون للموفى أيضا أن يستفيد بما كان ضمن حق الدائن . المستوفى من تامينات ، سواء كانت شخصية مثل الكفالة أو عينية مثل الرهن .

٤ - يكون للموفى إضافة الى كل ما تقدم ، حق الدائن المستوفى ومنه . يرد عليه من دفع فلو كان هذا الحق قد نشأ عن عقد باطل أو قابل . للإبطال ، كان للمدين التمسك بهذا الدفع في مواجهة الموفى وهو الدائن الجديد كما كان له ذلك ضد الدائن الأصلي الذي استوفى . وإذا كان الحق المشار إليه قد انقضى لأي سبب مثل الوفاء أو التجديد أو التقاض أو الإبراء . كان للمدين التمسك بدفع انقضاء الحق تجاه الموفى أيضا .

### ٣١٧ - القيود على حق الموفى في الحلول :

وكما ألقنا من قبل ، فإن الأثر الجوهرى للوفاء مع الحلول ويتمثل في حلول الموفى محل الدائن المستوفى ، ترد عليه بعض القيود :

١ - يكون حلول الموفى بالقدر الذى أداه . وقد تضمنت هذا القيد المادة ٣٩٦ مدنى كويتى سابقة الذكر ( م - ٣٢٩ مدنى مصرى ) . فلو قبل الدائن استيفاء منقوصا لحقه ورضى به وفاء . كان حلول الموفى بهذا القدر الذى أداه من ماله ، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بالقيمة الأصلية للدين وهى اكبر بالطبع . وفي هذا يختلف الموفى في الوفاء مع الحلول عن الحال له في حوالة الحق فالحال له يرجع بكل الدين فهو مضارب اشترى الدين بقيمة أقل من قيمته الحقيقية ليرجع بقيمة الدين كله<sup>(١٥)</sup> .

(١٤) للسفهورى ب الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٩٢ صفحة ٦٩٠ .

٢ - لذا كان الموفى ملزما بالدين مع آخرين ولوفى بالدين كله ، فانه ينتقيد في رجوعه عليهم باستنزال حصته أولا ولا يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه ويتحقق ذلك في حالة الدين التضامني او الدين مع آخرين بدين لا يقبل التقسيم .

٣ - لذا كان الموفى قد ادى للدائن جزء من حقه حل مطه في حدود هذا الجزء ، وبقي للدائن مقدما في استيفاء الجزء الباقي من حقه على الموفى الذي حل في الجزء المستوفى . ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٧ منى كويتي ( م ١/٣٣٠ منى مصرى ) ونرى ان ذلك يعد تطبيقا للقيد الأول الذي يقيد رجوع الموفى بالتقصد الذي اداه . ويلاحظ هنا انه يمكن ان يتقدم شخص آخر يقوم بوفاء الدائن الجزء الباقي من حقه بعد الوفاء الأول . ويحل محل الدائن في هذا الجزء ، وتصدت لهذا الفرض المادة ٢/٣٩٧ منى كويتي ( ٢/٣٣٠ منى مصرى ) اذ قالت : « اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه في الحل كل يقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » .

وتقديرا لذلك ، ان القاعدة الواردة في الفقرة الأولى بخصوص تقدم الدائن بالجزء الباقي له على من حل أولا وان كانت قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على ما يخالف حكمها ، فان مقتضى الفقرة الثانية يمنع انتقال ميزة تقدم الدائن على من حل أولا - وهي الميزة المذكورة في الفقرة الأولى - الى الشخص الذي قام بوفاء الدائن الجزء الباقي وحل ثانيا . فمن حل أولا ومن حل ثانيا ، كل منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له وتقع بينهما قسمة الغرماء .

٤ - لذا كان الموفى حائزا لمقام يضمن الوفاء بالدين وكان هناك حائزون آخرون لمقاربات أخرى تضمن الوفاء بنفس الدين ايضا ، فان الحائز الموفى لا يكون له ان يرجع على اى من هؤلاء الحائزين الا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمة المقار الذي يكون حائزا له . ونصت على هذا للحكم المادة ٣٩٨ منى كويتي ( م ٣٣١ منى مصرى ) وتقديرى ، ان وضع الحائز الذى اوفى بكل الدين على هذا النحو يشبه - من حيث كيفية رجوعه على حائزين آخرين - وضع الدين التضامني الذى يفي بكل الدين على ما مر بنا في القيد الثانى .

٣١٨ - الوفاء في المشروع المصرى لتقنين احكام التريمة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا - بالنسبة لطرف الوفاء تحدثت المادة ٣١١ منى بقولها :

١ - يصح الوفاء من الدين او من نائبه او من اى شخص آخر له مصلحة في الوفاء .



٢ - ويصح الوفاء أيضا ممن ليست له مصلحة في الوفاء ، ولو كان ذلك  
حون علم المدين أو رغم لرافته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير  
إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ - وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير  
المدين إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام  
بنفسه .

وهذه المادة المقترحة تطابق . بحكمها المادة ٣٢٣ من القانون المدني  
المصري الحالي . كما أن المادة المقترحة من المشروع تطابق في حكمها أيضا  
المادة ٣٩١ من القانون المدني الكويتي . وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا  
على المادة المقترحة تلك من أنها « تطابق في حكمها المادة ٣٩٣ من التقنين  
المدني الكويتي » .

ثانيا - وتولج المادة ٣١٢ من المشروع شروط الوفاء بقولها :

« ١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الوفاء مالكا للشيء الذي وفي به ،  
وأن يكون أصلا للتصرف فيه » .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا  
إذا لم يلحق الوفاء ضررا به » .

وهذه المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣٢٥ من القانون المدني  
المصري الحالي . كما تطابق أيضا المادة ٣٩٢ من القانون المدني الكويتي .  
وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على هذه المادة المقترحة من أنها « تطابق  
المادة ٣٩٤ من التقنين الكويتي » .

أما المادة ٣١٣ من المشروع فتتضمن حكما مستحدثا يخص الوفاء من  
المدين في مرض الموت ونصها كالآتي :

« ١ - إذا وفي المدين دين بعض الدائنين وهو في مرض موته ، وكان ماله  
لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، غادى الوفاء بالمدين إلى الإضرار ببقية الدائنين ،  
فإن الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقين » .

وفي رجوع الوفاء إذا كان شخصا آخر غير المدين نصت المادة ٣١٤ من  
المشروع على ما يأتي :

١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الدين.  
بتقدير ما دفعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، إذا ثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء ، .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما أنها تطابق أيضا المادة ٣٩٣ من القانون المدنى الكويتى وهو الأمر الذى أغفله المشروع في التطبيق على هذه المادة المقترحة .

ثانياً - وعن الوفاء مع الطول ، أورد المشرع حالات الطول القانونى في المادة ٣١٥ ونصها كالآتى :

« إذا قام بالوفاء شخص آخر غير الدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه في الأحوال الآتية :

( أ ) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع الدين أو ملزماً بوفائه عنه .

(ب) إذا كان الموفى دائئنا ووفى دائئنا آخر مقسماً عليه بهالة من تأمين عيني ولو لم يكن للموفى أى تأمين .

( ج ) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص للعقار لضمان حقوقهم .

( د ) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الطول ، .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٦ من القانون المدنى المصرى الحالى .

وهى تطابق أيضاً ٣٩٤ من القانون المدنى الكويتى . وغير صحيح ما جاء بالمشروع تطبيقاً على هذا المادة المقترحة من أنها تطابق « المادة ٣٩٦ من القانون الكويتى ، .

وتواجه المادة ٣١٦ من المشروع الطول الاتفاقي إذ قالت : « للدائن الذى استوفى حقه من غير الدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل الدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ، .

ونص هذه المادة المقترحة من المشروع تطبيق المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق أيضا الفقرة الأولى من المادة ٣٩٥ من القانون المدني الكويتي .

وعلى ما أوضحنا من قبل في دراستنا للوفاء مع الطول فإن النص المقترح السابق ذكره إنما يعالج صورة ضمن اثنتين للخلول الاتفاقي .

أما الصورة الثانية للطول الاتفاقي ، فقد نصت عليها المادة ٣١٧ من المشروع بقولها : يجوز أيضا للمدين إذا لفتقرض مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضا هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي الخلاصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن للجديد .

والمادة المقترحة هذه تطبيق المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق أيضا الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من القانون المدني الكويتي .

وتعالج المادة ٣١٨ من المشروع آثار الطول بصفة عامة ونصها كالآتي :  
« من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من تاليف ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من نفوس . ويكون هذا الطول بالقرض الذي آده من حل محل الدائن ، وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٢٩ من القانون المصري الحالي . وهي تطابق أيضا المادة ٣٩٦ من القانون المدني الكويتي .

ولذا كان الأثر الجوهري للوفاء مع الطول يتمثل في طول الوفاء محل الدائن المستوفى ، فقد رأينا من قبل أن هناك قيودا على هذا الأثر للطول . وقد وردت القيود في المشروع كما يلي :

### القيود الأولى :

تضمنته المادة ٣١٩ من المشروع ونصها كالآتي :

١ - إذا وفي غير المدين لادائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضر الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقبها على من وفاء ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجوع من حل أخيرا هو ومن تمسكه في الطول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما حصة للفرقة .

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري .  
والقانون الكويتي . وتطابق أيضا المادة ٣٩٧ من القانون المدني الكويتي .

### التعليق الثاني :

نصت عليه المادة ٣٢٠ من المشروع على النحو التالي :

« إذا وفي حائز العقار المرحون كل الدين وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الطول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرسون في ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار ، » .

والمادة تطابق المادة ٣٣١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٩٨ من القانون المدني الكويتي .

ولبع - وعن المولى له :

نصت المادة ٣٢١ من المشروع على ما يأتي :

« يكون الوفاء للدائن أو لثائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على أن للوفاء يكون للدائن شخصا ، » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٢ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق أيضا المادة ٣٩٩ من القانون المدني الكويتي .

وإذا كان الأصل أن الوفاء يكون للدائن أو لثائبه ، فقد تصدت المادة ٣٢٢ من المشروع لحكم الوفاء لغير الدائن أو لثائبه إذ قالت : « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو لثائبه ، فلا تبرأ ذمة الدين الا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية . لشخص كان هو للدائن للظاهر ، » .

وهذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٢٣ من القانون المدني المصري الحالي مع ملاحظة استبدال عبارة « هو الدائن للظاهر » الواردة في نهاية النص المقترح بعبارة « للدين في حيازته » الواردة في هذا النص الحالي .  
والمادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٠ من القانون المدني الكويتي .

## خلاصة - وفي الوفاء بلزادة الأولى لرفض الدائن قبول الوفاء وتعتقه :

أورد المشروع ما ينظم لجبار للدائن على الوفاء في مادتين :

الأولى : المادة ٣٢٣ ونصها كالآتي : « إذا رفض الدائن دون معبر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم اعتذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا للرفض بإعلان رسمي » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدني المصري الحالي .  
كما تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي .

الثانية : المادة ٣٢٤ وتنص على أنه « إذا أعذر الدائن ، تحمل تبعه حلاك الشيء ، أو تلفه ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتمويض ما أصابه من ضرر » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٥ من القانون المدني المصري الحالي مع حذف عبارة « ووقف سريان الفوائد » الواردة في هذا النص الحالي جرياً على أحكام الشريعة للفراء في تحريم الربا .

والمادة المقترحة هذه تطابق أيضاً للفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي .

## سادساً - وفي حكم الإيداع إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات :

نصت المادة ٣٢٥ من المشروع على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسليمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه ، فإذا كان الشيء عقاراً أو شيئاً معيناً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

ونص هذه المادة المقترحة يطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدني المصري الحالي . كما يطابق أيضاً ..... .

ولا يبدو أن للمادة المقترحة نظيراً في القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٣٢٦ من المشروع فتتضمن حكماً يخص إيداع الأشياء التي يسرع إليها التلف وتنص على ما يأتي :

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالزاد الطنى  
الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باعظة في ليداعها أو  
حراستها وإن يودع الثمن خزنة المحكمة .

٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل  
فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالزاد إلا إذا تعذر البيع  
ممارسة بالسعر المعروف .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من القانون المصرى الحالى .  
ولا يبدو أن النص المقترح نظيراً في القانون المبنى الكويتى .

وقد أجاز المشروع الإيداع من الدين مباشرة حال قيام مانع بحول  
دون تعرف الدين على الدائن الذى يجب الوفاء له . إذ نصت المادة ٣٢٧ من  
المشروع على ما يأتى : « يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جليلاً كذلك ،  
إذا كان الدين مجهول شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية  
أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعاً عليه بين  
عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديده أخرى تبرر هذا الإجراء » .

وقد عرضنا لثل هذا الحكم من قبل في دراستنا للمادة ٤٠٣ من  
القانون المبنى الكويتى وحي تطابق النص المقترح في المشروع المصرى . كما  
أن هذه المادة المقترحة أيضاً تطابق المادة ٣٣٨ من القانون المبنى المصرى  
الحالى .

#### سابعاً - وعن الإيداع المسبوق بالعرض الحقيقى :

قالت المادة ٣٢٨ من المشروع « يقوم العرض الحقيقى بالنسبة للمدين  
مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون الرافعات ، أو تلاه أى إجراء  
مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٩ من القانون المصرى الحالى ،  
كما تطابق المادة ٤٠٢ من القانون المبنى الكويتى .

ونصت المادة ٣٢٩ من المشروع أيضاً على ما يأتى :

١ - إذ عرض الدين الدين واتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل  
جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دأه الدائن لم يقبله ، أو ما دأه لم يصدر

حكم نهائي بصحته . ولذا رجس فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - أما إذا رجس الدين في العرض بمد أن قبلة الدائن ، أو بمد أن حكم بصحته ، وقيل الدائن منه هذا الرجوع ، فإنه لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بمد ذلك بما يكفل حقه من تأميمات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين ، .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من القانون المدني المصري الحالي مع تعديل بسيط في الألفاظ بالفقرة الثانية .

وهذه المادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٤ من القانون المدني الكويتي .

#### ثامنا - وفي محل الوفاء وموضوعه :

على نحو دراستنا له من قبل ، نجد المادة ٣٣٠ من المشروع تقر القاعدة في هذا الشأن وهي قاعدة وجوب الوفاء بالشيء المستحق أصلا ، وقد عرضنا لها فيما سبق . والمادة يجري نصها على النحو التالي :

« الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى . »

والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٣٤١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٠٥ من القانون المدني الكويتي .

وتقرر المادة ٣٣١ من المشروع في هذا الشأن قاعدة عدم قبول الوفاء الجزئي ، ويجري نصها على النحو التالي :

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - ولذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقيل للدائن أن يستوفى الجزء المتعرف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء .

وقد عرضنا فيما سبق للقاعدة الوجود في مثل هذه المادة وما يرد عليها:  
من استنتاجات • وعلى أية حال فإن هذه المادة انما تطابق المادة ٣٤٢ من  
القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق ايضا المادة ٤٠٦ من القانون  
المدني الكويتي •

تاسما - وفي تعيين ما تم الوفاء به من الديون في حالة تعددها ، نفكر  
بما ذكرناه من قبل في هذا الشأن • ذلك انه اذا كان النطاق الحقيقي لقاعدة  
عدم جواز تجزئة الوفاء في حالة تعدد الديون والمدين واحد ، فإن هذا الغرض  
يثير صعوبة في تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة تلك •

وقد تصدى المشروع لهذه الصعوبة في المادة ٣٣٢ ونصها كالآتي :  
« اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتوضيحات عن التأخير  
في الوفاء وكان ما اداءه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما ادى من  
حساب المصروفات ثم من للتوضيحات ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على  
غير ذلك ، » •

وقد عرضنا لدراسة الموضوع من قبل في القانون المدني الكويتي والمصري  
الحالي • ولا نتردد الآن في القول بأن هذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٣  
من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق المادة ٤٠٧ من القانون المدني  
الكويتي •

مع ملاحظة أن المشروع قد حذف من مادته سلافة لذكر كلمة للفوائد  
الواردة في نص القانون المدني المصري الحالي ، جريا على احكام الشريعة  
التي تحرم للفوائد الربوية •

وقد نصت المادة ٣٣٣ من المشروع لحالة اخرى من حالات تعدد الديون  
بحيث ان ما يؤديه المدين لا يفي بها جميعا • ونصها كما يأتي : « اذا تحدثت  
الديون في ذمة المدين ، وكانت لـدين واحد ومن جنس واحد ، وكان ما اداءه  
المدين لا يفي بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء ان يمين الدين  
الذي يريد للوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا  
التعيين ، » •

وقد درسنا فيما سبق حكم هذه الحالة ، مما يدفعنا الى القول بأن هذه  
المادة المقترحة لنما تطابق المادة ٣٤٤ من القانون المدني المصري الحالي  
كما تطابق ايضا المادة ٤٠٨ من القانون المدني الكويتي •



ونصت المادة ٣٣٤ من المشروع على أنه : « إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعدت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على الدين فلذا تسالوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن » .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٠٩ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لها من قبل .

#### عشر - وعن ظروف الوفاء :

تفول المشروع زمان الوفاء في المادة ٣٣٥ ويجرى نصها على النحو التالي .

١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد توجب الالتزام نهائياً في ذمة الدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يعنه نص أن ينفذ الدين إلى أجل مقبول أو آجال ينفذ فيها القرض ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري الحالي . والمادة المقترحة تلك تطابق أيضاً المادة ٤١٠ من القانون المدني الكويتي ، مع ملاحظة خلو نص المشروع وقد أشرنا إلى ذلك من قبل في مقارنة النص الأخير مع النص المدني المصري الحالي .

وهنا نود أن نذكر بالمادة ٢٥٩ من المشروع وتنص على أنه : « إذا تبين من الالتزام أن الدين لا يقوم بوفائه إلا عند القدرة أو الميسرة عين للقاضي ميعاداً مناسباً لطول الأجل ، مراعياً في ذلك موارد الدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية للرجل الحريص على الوفاء بالقرض » .

وقد تكلم المشروع عن مكان الوفاء في المادة ٣٣٦ ونصها كالآتي :

« إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال الدين . إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » .

وعنه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تقابل المادة ٤١٢ من القانون المدني الكويتي . مسع ملاحظة أن نص المشروع قد أوجب أن يكون تسليم الشيء المعين بالذات في المكان الذي يوجد فيه وقت الوفاء بخلاف النصين الآخرين وقد أوجبا تسليم هذا الشيء في المكان الذي كان يوجد فيه وقت نشوء الالتزام بتسليمه .

حادي عشر - أما عن نفقات الوفاء ، فقد نصت المادة ٣٣٧ من المشروع على أنه :

« تكون نفقات الوفاء على الدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من القانون المدني المصري الحالي ، وتطابق المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي .

## المبحث السادس

### الوفاء في الفقه الاسلامي

٣١٩ - يعد الوفاء سببا لانتفاء الالتزام في فقه الشريعة الاسلامية<sup>(١)</sup> وليس ادل على ذلك مما نصت عليه المادة ١٩٥ من مرشد الحيران من أن الديون تنقضى بايفائها .

وسوف نقتاول الوفاء في الفقه الاسلامي في نقاط تقترب من نظيرتها في القانون المدني التي عرضنا لها ، وغايتنا من ذلك ان يتحقق الانسجام في العرض بالنسبة لبحت موضوع الوفاء بصفة عامة ونقسم دراستنا في هذا البحت الى عدة مطالب .

### المطلب الأول

#### طرفا الوفاء

٣٢٠ - الموفى :

الأصل أن يقوم المدين بالوفاء واستثناء على هذا الأصل ، جوز فقه الشريعة الاسلامية أن يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين وتبعا لذلك ، فإن الوفاء كما يكون من المدين نفسه ، يمكن أن يكون من نائبه .

وفي هذا تنص المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتي : « يجوز وفاء للدين من المديون الأصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » .

ومن ذلك أيضا ما جاءت به المادة ٩٣٧ من مرشد الحيران من أنه « اذا دفع الوكيل بشراء ثمن المبيع من مال نفسه للبايع فله الرجوع به على

---

(١) راجع الأصل للكليلة للمرحوم احمد لبراهيم بك (٢) الالتزام في الشرع الاسلامي.

موكله . والمعنى الواضح لذلك أن المشتري هو المدين الأصلي بالثمن وقد وكل شخصاً بالشراء ، جاز للوكيل أن يفي بالثمن باعتباره نائباً عن المشتري . وتطبيقاً لذلك أيضاً تكلمت المادة ١٢٧٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل عن قضاء الوكيل دين موكله .

وكما يكون الوفاء من المدين أو نائبه ، يمكن أن يقع الوفاء أيضاً من الغير وفي هذا تقول المادة ١٩٧ من مرشد الحيران « يجوز وفاء الديون المطلوبة من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » \* كل ما هنالك ، أنه إذا كان الغير قد قام بالوفاء بأمر المدين فالاتفاق قائم في الفقه الإسلامي على أنه يكون للموفاي الرجوع على المدين بما أوفى \* أما إذا كان وفاء الغير دون إذن المدين اختلف للراي : ففي الفقه الإسلامي من ذهب إلى القول بأنه يجوز للموفاي الرجوع ومنهم الحنابلة فقد جاء بالقواعد لابن رجب الحنبلي أنه : « إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنه فإنه يرجع له عليه في أصح الروايتين وهي المذهب عند الخرخري وأبي بكر والقاضي والأكثرين . واشتراط القاضي أن ينوي الرجوع ويشهد على نيته عند الأداء فلو نوى التبرع أو أطلق الذينة فلا رجوع له واشتراط أيضاً أن يكون المدين معتمداً عن الأداء ..... » وخالف في ذلك صاحب المعنى (٢) وفي قول آخر يرى الأضاف أنه لا رجوع للموفاي بغير إذن المدين فقد نصت المادة ٢٠٥ من مرشد الحيران على أنه إذا قضى أحد دين غيره بلا امرسقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويكون الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه إلا أمره .

وإذا تم الوفاء على نحو ما سبق ، فالأصل أنه ليس للدائن أن يعترض على الوفاء واستثناءً على ذلك جوز فقهاء الشريعة الإسلامية مثل هذا الاعتراض إذا كان هناك اتفاق يقضي بوجوب قيام المدين نفسه بالوفاء أو كانت طبيعة الالتزام تقضي ذلك . ومن تطبيقات ذلك ما قال به الحنابلة من أنه لا يجوز للأجير الخاص أن ينيب عنه غيره في القيام بالمعمل المطلوب منه ما دام العقد يستوجب قيامه بالمعمل بنفسه (٣) . وتأكيذاً لذلك نصت المادة ٦١٤ من مجلة

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، مشار إليه فيما سبق ، القاعدة الخامسة والسبعون ، صفحة ٣٧ وجاء في كشاف القناع « وكذا حكم من أدى عن غيره ديناً واجباً كغيا كان أو أجنبياً أن نوى الرجوع رجوع والا فلا » كشاف القناع للبهوتي مشار إليه من قبل الجزء الثالث صفحة ٣٧١ .

(٣) راجع للقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، مشار إليه فيما سبق ، القاعدة للتاسعة والستون صفحة ١٢٣ . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٦١٢ من مرشد الحيران على أنه « إذا اشترط على المظفر أرضاعها بنفسها فأرضعتها من غيرها فلا تستحق الأجرة » ونصت المادة ٦٢١ من مرشد الحيران أيضاً على أنه « لا يجوز للمصانع أو القاول الذي التزم في العقد للمعمل بنفسه أن يستعمل غيره » .

الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه « ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه أحدا فيما يستوَجِر له » وطلة ذلك أن الأجير في هذا النوع من عقود الاجارة غالبا ما يكون مقصودا بذاته ولمهارة أو خبرة توخاها فيسهل صاحب العقد .

ويتكلم الأحناف عن شروط الموفى ، فذكرت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران أنه إذا كان المدينون صغيرا مميّزا أو كبيرا محتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفنح الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته . وجاء بالمادة ٢٢١ من مرشد الحيران أيضا أنه يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه .

واستخلاصا مما مر يمكننا القول أن القانون المدني وهو يتكلم عن الموفى إنما يتفق فيما قاله ، خاصة في المادة ٣٩١ مدني كويتي تقابلها المادة ٣٢٣ مدني مصري ، مع ما جاء به الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

#### ٣٢١ - الموفى له :

الأصل أن يكون الوفاء للدائن في الفقه الاسلامي يمكن أيضا أن يكون الوفاء لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه وليس أدل على ذلك مما نصت عليه المادة ٢١٧ من مرشد الحيران حين قالت : « إنما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله أن كان صاحب الدين بالفا عتقلا غير محجور عليه فإن كان قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه عنه من ولي أو وصي للصغير أو المجنون أو من قاض أو وصي للسفيه المحجور عليه » .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ما جاء في الأحكام العامة لشركات العقيد في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . فقد نصت المادة ١٨٢٨ من هذه المجلة على ما يأتي : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من أعمال التجارة فله أن يبيع ويشترى ويقبض ويحيل ويحتال ويؤجر ويستأجر » .

ونصت المادة ١٨٣٩ من نفس المجلة أيضا على ما يأتي : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة التجارة فله ..... المطالبة بالدين والخصومة عليه وحسب الغريم ولو أبى الشريك » .

ويظهر من النصين أن الشريك في شركات العقيد له حق استيفاء الدين وأساس ذلك أنه يعد وكيلًا عن الشركاء .

وعن شروط الوفاء له ، تكلم الفقه الحنفى و المادة ٣١٨ من مرشد  
الحران عن اهل بيته • اذ نصت على أنه اذا كان صاحب الدين قاصرا أو كبيرا  
مجنونا أو محجورا عليه لسفه ودفع الديون اليه الدين المطلوب له فلا يعتبر  
دفعه •

والأصل عدم جواز امتناع الدائن عن قبول الوفاء ، فاذا امتنع كان  
للدين أن يراجع الحاكم الذى يأمر الدائن بالتبص أو الإبراء ، فاذا استمر في  
امتناعه قبض له الحاكم الدين • ونصت المادة ٢٠٩ من مرشد الحران على  
أنه اذا عرض الديون مبلغ للدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر  
الى الحاكم ليأمره بقبضه وتأكيذا لذلك جاء في القواعد لابن رجب الحنبلى :  
« لو اتاه الغريم بدينه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فانه يؤمر بقبضه أو  
إبرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرى غريمه » (٤) •

ونستخلص مما سبق أن ما جاء به القانون المدنى بخصوص الوفاء له  
وعرضنا له من قبل خاصة ما جاء بالمادة ٣٩١ مدنى كويتى ( م • ٣٣٢ مدنى  
مصرى ) لا يختلف عما جاء به الفقه الاسلامى في هذا الخصوص :

---

(٤) القواعد في الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سبق ، القاعدة  
المشتركة بعد المائة ، صفحة ٢٤٥ • وجاء ايضا في صفحة ٣٣ ويخصوص القاعدة الثلاثة  
والعشرون « اذ اتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه نهي أن يقبضه قال في المنى يقبضه  
للحاكم وتبرا ذمة الغريم لتعليم الحاكم مكان المتنع بولايته » •

## الطلب الثاني

### موضوع الوفاء

٣٢٢ - الوفاء بذات التي . المستحق في الفقه الاسلامي :

يكون الوفاء بذات الالتزام الذي يتحمل كامل الدين وفي هذا تنص المادة ٢٠٨ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« رب الدين اذا ظهر بجنس حقه من مال مديونه او من مال كفيله وهو على صفته قبل اخذه بلا رضاء » .

وكما عرضنا من قبل في شأن للتنفيذ العيني في للفقه الاسلامي فان الأصل هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به الدين . ومن التطبيقات التي ذكرناها في هذا عند المناقشة ما جلت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل في خصوص الغصب . لاذ جاء بالمادة ١٣٧٨ انه يجب على الغاصب رد المصوب لمالكه ولا يجبر على قبول عوضه .

ونصت المادة ١٣٨٤ من نفس المجلة على انه « لا يقبل من الغاصب دفع قيمة المصوب الا اذا تعذر رده عينه » ، وفحوى ذلك كما المقتضى من قليل الالتزام الدين باداء ما هو ملتزم به ولا يجوز اللجوء الى البديل الا اذا تعذر الاصل ونستخلص من ذلك - بخصوص موضوع الوفاء - ان الوفاء يكون بذات الشيء المستحق دون سواء ، وهذا هو الأصل في الفقه الاسلامي . ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل في المادة ٣٥٨ من ان « الفقد تتمتع بالتعيين في العقود » ، فاذا اشترى بنقود معينة اثار اليها لزمه تسليمها عيناً » .

ونصت المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران على انه « اذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعيينه في العقد وهو مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود وعين في العقد فلمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن » ، والنص يمثل وجهة نظر الأحناف (١) .

(١) راجع ايضا حكم المادة ٤١٨ من مرشد الحيران ونصها كالآتي :

« لا بين وصف الثمن في العقد لزم المشتري ان يؤديه من صنف النقود الموصوفة » .

وقاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق في الفقه الاسلامي - وهي ما أخذ بها القانون المدني للكويتي والمصري على ما ذكرنا - تظهر أكثر فيما إذا كان التزام الدين هو التزام بعمل . إذ يلتزم بالقيام بالعمل المكلف به دون غيره . من ذلك ما جاء بالمادة ٦٠٣ من مرشد الحيران فيما يتعلق بالأجر الخاص وقد حظرت عليه أن يشتغل بشئ آخر غير المكلف به في العقد .

### ٣٢٣ - عدم قبول الوفاء الجزئي :

وإذا كان بين لنا مما تقدم أن الوفاء يجب - في الفقه الاسلامي - بذات الشئ المستحق ، فإنه يتعين أن يكون به كله فالأحناف لا يجبرون على قبول جزئي لحقه . وفي هذا تنص المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على أنه : « إذا كان الدين حالا فليس للمدين أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعض » وهو ما أخذ به القانون المدني للكويتي والمصري بشأن الوفاء للجزئي على ما مر بنا .

### ٣٢٤ - تعيين ما تم الوفاء به من الدين في حالة تعددها :

ويلاحظ أنه في الغرض الذي تتمدد فيه ديون المدين لدائن واحد في الفقه الاسلامي فإنه على الرغم من أن الأمر يخرج عن الوفاء الجزئي الذي يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا ، فإن فرض التعدد يثير صعوبة في هذا الفقه بشأن تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة هذه إذا كان ما لدى الدين لا يكفي للوفاء بها جميعا .

في هذا نرى رأي الأحناف ، وقد أخذ به القانون المدني الكويتي والمصري كما عرضنا للوضع فيهما ، تجسده المادة ١٢٥ من مجلة الأحكام المحلية وقد نصت على ما يأتي : « إذا أعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فاقول له فيما إذا ادعى أنه أعطاه محسوباً من دينه الفلاني » . وفي هذا نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في دفعه ..... يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه » .

والمنع الواضح للنصين يؤدي بنا إلى القول بأنه إذا تعددت ديون المدين لدائن واحد وكان ما دفعه لا يكفي للوفاء بها جميعا ، فالعبرة بقول الدين الذي يعين الدين الذي تم الوفاء به . وتطبيقا لذلك فلو كان أحد الدينين قرضاً والآخر ثمن مبيع ودفع المدين مبلغا يكفي لإفءاء أحدهما فللمدين أن يعين ما تم الوفاء به منهما .



وجاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم في هذا الخصوص ما يلي : « فلو كان عليه دينان من جنس واحد فدفع شيئا مالتعين للدافع الا اذا كان من جنسين لم يصح تعيينه من خلاف نفسه » (١).

وتبعاً لذلك فلو تمحدث ديون الدين لادثن واحد ، وما دفعه الدين لا يكتفى للوفاء بها كلها فان تعيين ما تم الوفاء به من هذه الديون يكون كما يلي : اذا كانت الديون المتحددة من جنس واحد كان تعيين الدين الذي تم الوفاء به للدفع أى الدين . أما اذا اختلف جنسها ، كان تعيين الدين المدفوع متوقفاً ليس على تعيين الدين ، وإنما على جنس المدفوع لذي يعتبر المال المدفوع من أصل ما هو من جنسه من هذه الديون . مثال ذلك ، لو كان على شخص آخر دينان بمبلغ نقدي ، أحدهما ثمن شيء اشتراه والآخر مبلغ قرض فإذا دفع الدين مبلغاً كان له ان يمين الدين الذي تم الوفاء به ثمن للشراء أو مبلغ القرض . وتطبيقاً لذلك أيضاً فإنه لو كان على شخص آخر دينان ، أحدهما مبلغ نقدي والآخر تسليم شيء ، فان تعيين ما تم الوفاء به منهما متوقف على جنس المدفوع . فإذا كان مبلغاً نقدياً ، كان الموفى به الدين النقدي لأن المدفوع من جنسه . وبخصوص البيع ، نصت المادة ٣٦١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن : « البيع المطلق يقتضى تمجيل الثمن وتسليمه في مجلس العقد » وإذا كان لهذا النص من معنى نستدل به في هذا المقام ، فان النص واضح في تأكيد حرص الحنابلة على وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه فإذا لم يتحدد أجل الوفاء ، البيع بان جاء البيع مطلقاً تعين اعمال الأصل ماثل في وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وفور نشوئها وهذا المعنى ما لكده الأضاف كما ينبغي . نص المادة ٤٢٣ من مرشد الحيران إذ قالت : البيع المطلق الذي لم يذكر في عهده تأجيل الثمن أو تمجيله يجب فيه الثمن ممجلاً ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم وهذه الطول في الفقه الاسلامي لتعيين ما تم للوفاء به من الدين في حالة تعددها في ذمة الدين لادثن واحد ، يقترب منها ما تبناه المشرع الحديث من حلول في هذا الصدد ، سواء في الكويت (م ٤٠٨ ، ٤٠٩) أو في مصر (م ٣٤٤ ، ٣٤٥) .

(٢) الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ،

بجروت ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م . ب كتاب الخلفيات صفحة ٣٦٥ .

## المطلب الثالث

### ظروف الوفاء

٣٢٥ - أولا - زمان الوفاء :

يبدو لنا ، أن القاعدة في الفقه الاسلامي هي وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، ما لم يتحدد أجل للوفاء بالاتفاق صراحة أو دلالة . ونقدم في التذييل على وجود مضمون هذه القاعدة في الفقه الاسلامي تطبيقا من عدة

في البيع ، وعند الحنابلة ، نصت المادة ٣١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « للبيع المطلق يقتضى تمجيل الثمن وتسليمه في مجلس العقد » ، وإذا كان لهذا النص من معنى نستدل به في هذا المقام ، فإن النص واضح في التأكيد على وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه . فإذا لم يتحدد أجل للوفاء في البيع بأن جاء مطلقا تعين اتصال الأصل بمثل في وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وفور نشوئها . وهذا المعنى أكدته الأحناف كما ينبغي . نص المادة ٤٢٣ من مرشد الحيران إذ قالت : « البيع المطلق الذي لم يذكر في عقد تأجيل الثمن أو تمجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع في الحال إلا إذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم فإن كان كذلك يلزم اتباع العرف والمعاداة الجارية » (٢) .

واستثناء على القاعدة المتقدمة ، أجاز الفقه الاسلامي منح المدين نظرة ميسرة . والفقه الحنفي واضح في ذلك . فقد نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على أنه « ... إذا كان المدين معسرا لا يملك شيئا لوفاء كل الدين يجوز له ( صاحب الدين ) أمهاله وينظر الى ميسرته » . هذا بخصوص الوفاء بالدين بصفة عامة . وتضمنت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران أيضا تطبيقا لما جاء في النص السابق حين قالت :

---

(٢) راجع المادة ٢٥١ من مجلة الأحكام المحلية وتقدم نفس الحكم .  
راجع أيضا المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية ونصها كالآتي : « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذي سعياء في العقد » وعند عدم ذكره يعتبر من حين العقد .

« لا يجوز للقاضي أن يفهل المشتري في دفع الثمن للبائع ما لم يكن للمشتري ميسرا لا يقدر على الوفاء فيقتطع إلى الميسرة » . وعند الحنابلة قال صاحب المغني (١) : « أن من وجب عليه دين حال فطوبى به ولم يؤده نظر الحاكم ... » . وإن لم يجد له مالا ظاهرا نادى الإصرار فخصقه غريمه لم يحسن ووجب أنظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى : « ولئن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » .

وأستخلصا مما تقدم يمكننا القول أن للقانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يتحدد أجل لهذا الوفاء .

وهذا ما عرضنا له من قبل بخصوص المادة ٤١٠ من القانون المدني الكويتي ، وتطبيق المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري .

٣٢٦ - ثانيا - مكان الوفاء :

في تعيين مكان الوفاء ، نرى رأى الحنفية كما تنبئ به المادة ٢٢٢ من مرشد العيران ونصها كالآتي :

« محل الوفاء هو المكان الذي تمين في العقد إذا كان الشيء المقترن بتسليمه مما له حمل ومؤونه كالكليات والموزونات والعروض ونحوهما فإن كان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم بسله الشيء في المكان الذي كان موجودا به وقت العقد » (\*) .

(٤) المغني للإمام العلامة موفق الدين أبي سعد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الله ، الجزء الرابع ، مشار إليه من قبل صفحة ٥٠٢ .

وقارن : المادة ٤٦٧ من مجلة الأحكام التشريعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ونصها كالآتي :

« إذا ظهر المشتري مظلما أو ميسرا ولو ببعض الثمن فلا يلزم خيار الفسخ والرجوع بمن ماله ولا يلزمه أن ينظره » .

(٥) ونصت المادة ٢٨٥ من مجلة الأحكام المحلية على أن « مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع بحيث يوجد وقت العقد » ونصت المادة ٢٨٧ من المجلة أيضا على أنه « إذا بيع مال على أن يسلم في مثل كذا لم يلزم تسليمه في ذلك المثل » .

وتنص المادة ٣٤١ من مجلة الأحكام التشريعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « يقتضي العقد تسليم المبيع في مكان العقد إذا كان محله مطلقا » ونصت المادة ٣٤٢ من هذه المجلة على أنه « لو شرط العقد تسليم المبيع في مكان معين مطلق مؤونه لبيعه في ذلك المكان على البائع » .

والنفس والضح - على ما نعتقد - في التفرقة بين فرضين يشان مكان الوفاء : للفرض الأول : أن يتعين مكان الوفاء في العقد إذ يجب على المدين أن يقوم بالوفاء في هذا المكان لذا كان المدين مما لحمله مؤونه مثل الكميات والموزونات والمعرض . الثاني : وفيه يكون العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان الوفاء . والمدين هنا أن يقوم بالوفاء ويسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً به وقت العقد أي أن مكان الوفاء يتحدد بمكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام بتسليمه على علق المدين بغض النظر عن مكان وجود هذا الشيء وقت وجوب الوفاء .

ومن تطبيقات ذلك ، ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من مرشد الحبران بخصوص أداء الثمن في البيع وجاء بها أنه : « إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد ، كان التعيين صحيحاً ولزم الأداء فيه إذا كان هذا الثمن مما له حمل ومؤونه . أما إذا كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤونه ، كان هذا التعيين غير صحيح . وهناك يرى البعض أن الفقه الحنفي يجيز للبلّاع أن يطلب المشتري بالثمن أين شاء (١) » .

ومن التطبيقات أيضاً ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص مكان الوفاء بالقرض . فقد نصت المادة ٧٤٣ من هذه المجلة على أنه : « لا يجوز لشروط اقتضاه ببلد آخر إذا كان القرض مما لحمله مؤونه أما إذا لم يكن لحمله مؤونه فيصح للشرط ، فلو أقرضه نقوداً على أن يكتب له بها سنتجه أو يذبح مثلها نفقة لأهله في بلد آخر جاز ولا يصح أن يأخذ عليها شيئاً » . ولذا كان لنا أن نستخلص من النص ،

(١) راجع في هذا الرأي صيني مختصلي ، أخرج السابق صفحة ٤٨٨ وحاشي رقم ٢١١ من نفس الصفحة .

راجع أيضاً : سليم رستم بكر شرح المجلة مشار إليه فيما سبق « صفحة ١٤٨ وأما إذا شرط دفع الثمن في محل كذا فلا يعتبر للشرط إذ الثمن للبلّاع في أي محل وجده وإن كان للمحل محل ومؤونة فالشرط حينئذ معتبر » .

(٧) وتقريب من ذلك أيضاً ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أحكام تتعلق برد المصوب إذ نصت المادة ١٣٧٨ على أنه : « يجب على الغاصب رد المصوب إليه في المحل الذي نصبه فيه إن تحرر عليه » . ونصت المادة ١٣٨٠ على أنه : « إذا غصب الغاصب المصوب إلى مكان آخر فطلب الغاصب منه رده إلى مكان المصوب أو إلى مكان في بعض طريقه أو ابتاعه بالمحل الذي نقله إليه لزم الغاصب ذلك ، ومهما اتفقا عليه من التسليم في مكان آخر أو من المفاوضة في أجرة الرد صح » .

فأية إمكانية للقول بأن الأصل أن يكون الوفاء بالقرض في مكان أو بلد الاقتراض وينبغي على هذا الأصل أنه لا يجوز أن يشترط في القرض أن يتم الوفاء به في بلد آخر غير بلد الاقتراض (٧) إلا أن النص فرق بين امرين :

الأول : وفيه يكون القرض ممّا لحمله مؤونه ولم يجوز الحنابلة الشرط المكيبيسوي .

الثاني : وجوز فيه الحنابلة الشرط المشار إليه إذ لم يكن لحمل القرض مؤونه كما لو كان مبلغا نقديا (٨) .

### ٣٢٧ - ثالثا - نفقات الوفاء :

تكون نفقات الوفاء في الفقه الإسلامي على الدين . وهو ما أخذ به المشرع في المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي والمادة ٣٤٨ من مصرية .

ومن تطبيقات ذلك عند الأحناف (٩) ما ذكرته المادة ٢٨٨ من مجلة الأحكام المحلية وقد نصت على أن « المؤونه المتلفة بالثمن تلزم المشتري فيلزمه وحده أجرة عند النقص ووزنها وما أشبه ذلك » .

ونصت المادة ٢٨٩ أيضا على أن « المؤونه المتلفة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده فأجرة الكيل للمكيلات والوزن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده » ونصت المادة ٢٩٠ من هذه المجلة أيضا على أن « الأشياء المباعة جزأها مؤنتها ومصاريفها على المشتري » .

وعند الحنابلة لا يختلف الأمر أيضا إذ الدين يتحمل نفقات الوفاء فقد نصت المادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

---

(٨) قال عند الحنفية ، المادة ٨٠٣ من مرشد الحرمين ونصها كالآتي :

« يجوز الاستقراض وفاء القرض في بلد أخرى من غير اشتراط ذلك في العقد » .

(٩) نصت المادة ٤٦٦ من مرشد البحرين على أن « المصاريف المتلفة بالثمن كسده ووزنه تلزم المشتري وحده وكذلك بمصاريف الجمل » ونصت المادة ٤٦٧ على أن : « على البائع مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه » . ونصت المادة ٤٦٨ على أن « أجرة كتابة للسفدات والحجج وصكوك المبيعات تلزم المشتري » .

(م ٢٩٢) من مجلة الأحكام المحلية .

على أن « مؤنة توفية الثمن على المشتري فعليه اجرة التقاد والمصاد للثمن قبل القبض » أما لو أتى البائع بمد تقيضه بنقد ليتحقق المبيع أو الزلفه ليرده فأجرته عليه ولا تلزم المشتري » .

ونصت المادة ٢٤٤ من هذه المجلة أيضاً على أن « مؤنة توفية المبيع على البائع ٠٠٠٠ فتلزمه اجرة كيال ووزان وعدد وفراغ فيما يبيع على ذلك الوجسه » (١٠) .

وإذا كان الأصل في الفقه الاسلامي كما رأينا أن نفقات الوفاء على المدين ، إلا أن هناك حالات لا يلتزم فيها المدين بنفقة الوفاء . وهي حالات لا يكون المدين فيها ملتزماً أصلاً إلا بتمكين صاحب الحق من القبض . من ذلك عند الأخاف ما نصت عليه المادة ٧٩٤ من مجلة الأحكام العدلية بخصوص نفقات رد الوديعة ، يلزم رد الوديعة إلى صاحبها إذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع ، فالودع وهو صاحب الوديعة والدائن بالقرض الوديع بردها ، يتحمل نفقات الرد حتى لو كان للوديع وهو المدين بالرد قد نقل الوديعة من محل إلى آخر أو كان قد سافر بها إلى موضع يجوز له السفر بها إليه ، كانت مؤنة الرد على صاحب الوديعة (١١) .

وعند الضغيلة ، نجد المادة ١٢٤٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل واضحة كل الوضوح في هذا الخصوص . فقد نصت على أن « مؤنة رد الوديعة وحملها على مالكها وليس على اللوديع إلا تمكينه من أخذها » .

وعلى هذا النحو ، فالمدين عند الضغيلة ، لا يلتزم أصلاً في مثل هذه الحالة إلا بتمكين الدائن من القبض .

(١٠) راجع أيضاً ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص نفقات رد المصنوع - لأنصت المادة ١٢٧٩ على أن « مؤنة رد المصنوع على المصنوع ولو بلغت لتصانيف تبعته ..... » .

(١١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، صفحة ٤٤٠ .

## الفصل الثاني

### انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٣٢٨ - تقسيم :

فكرتُ أن الالتزام يمدح ان يمتص بمده طرق اخرى غير الوفاء به \* وقلنا ان من هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء \* وهذه للطرق هي الوفاء بمقابل والتجديد والانابة في الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة \* وعلى ذلك فانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء يعني الانقضاء باحدى الطرق السابقة التي توفر للدائن ما كان يحصل عليه لو انقضى الالتزام بالوفاء \*

وسوف ندرس هذه الطرق في القانون المدني ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً \* وننتهي دراستنا لها بمبحث آخر نتناول فيه بعض هذه الطرق في الفقه الاسلامي \*

## المبحث الاول

### الوفاء بمقابل

#### DATION EN PAIEMENT

٣٢٩ - أولا - ماهية الوفاء بمقابل :

تناول المشرع المسمى ماهية الوفاء بمقابل ، في المادة ٤١٤ من القانون المدني الكويتي اذ قال : « اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء » (١) .

وعلى ذلك يمكننا القول بان الوفاء يكون بمقابل اذا رضى الدائن وهو بمسبيل استيفاء حقه بشيء آخر غير الشيء المستحق اصلا . وللصورة الشائعة ان يكون الدين ملتزما بإداء مبلغ نقدي ويضخم شيئا آخر عوضا عنه كتقيل ملكية شيء (٢) .

ويشترط لتحقيق الوفاء بمقابل شرطين اساسيين :

الشرط الاول - التراضي على الوفاء بمقابل :

وفحواه اتفاق طرفيه وحما للدائن والدين . فالدائن لا يجبر في استيفاء حقه على قبول شيء آخر غير الشيء المستحق اصلا هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فانه لا يمكن - وينفس القدر - اجبار الدين على الوفاء بمقابل .

اما عن مضمون هذا التراضي ، فانه يتمثل في وجوب لتفاهل الطرفين على ان يكون المقابل الذي يستوفيه الدائن عوضا عن الاداء المستحق اصلا عبارة عن نقل ملكية شيء او لنشاء حق عيني آخر (٣) . فلو قحم الدين

(١) راجع المادة ٢٥٠ من القانون المدني المصري .

SAVATIER : op. cit., n. 318, p. 386.

(٢)

V. aussi : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 580, n. 630.

MAZEAUD : op. cit., n. 880, p. 884.

La dation en paiement est subordonnée a un Transfert de propriété ou de droit reel

(٣)

في هذا المعنى : عبد الحميد البدرلوي ، المرجع السابق رقم ٢٤٤ صفحة ٢٧٨ وتلحق : محمد ابيب شنب ، المرجع السابق رقم ٢٧٤ صفحة ٢٧٢ .



عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً وكان عبارة عن القيام بعمل - والفرض أنه ليس بنقل ملكية - أو كان عبارة عن دين في ذمة الغير لأصبح الأمر خارج نطاق الوفاء بمقابل . إذ الأمر يخص تجسيد الدين بتغيير محله في الحالة الأولى ويخص الحوالة في الحالة الثانية .

**الشرط الثاني - استيفاء الدائن للمقابل فوراً :**

يجب أن يحصل الدائن على ما رضى به عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً . إذ لا يكفي تراضى الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بالاتفاق على نقل ملكية شيء أو حق عيني آخر إلى هذا الدائن ، بل يتعين تنفيذ هذا الاتفاق فوراً . فإذا طرأ التأجيل على تنفيذه أصبحوا يصدد تجسيد للمدين يتم بتغيير محله ولا نكون أمام وفاء بمقابل ، وهي نتيجة نصل إليها أيضاً لو كان الشيء محل الملكية شيئاً مستقبلاً<sup>(١)</sup> .

**٣٣ - ثانياً - التكيف القانوني للوفاء بمقابل :**

يتنازع مسألة التكيف هذه عدة اتجاهات<sup>(٢)</sup> :

**الاتجاه الأول - ويرى في الوفاء بمقابل تجديداً للالتزام بتغيير المحل :**

*Novation par changement d'objet*

وهو ما أخذ به القانون الألماني ونحوه هذا الاتجاه تتمثل في أن الوفاء بمقابل يكون - ابتداءً - عبارة عن اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلي للالتزام بمحل آخر جديد . وهذا هو للتجديد ويؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي بتأميناته وينشأ التزام جديد يجب الوفاء به ويكون ذلك بتقديم المدين لمقابل آخر عوضاً عنه<sup>(٣)</sup> .

ويكفي في عدم قبول هذا التكيف أن تبرز اختلافاً في الماهية بين التجديد والوفاء بمقابل . فالتجديد يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم ونشوء آخر جديد محله ولم يبق أمامنا سوى هذا الالتزام بمحله الجديد لا يمكن القول بأن هذه العملية تتضمن وفاء من قريب أو بعيد . كل ما هنالك أنه

MAZEAUD : op. cit.,

(٤)

(٥) راجع في سطر هذه الاتجاهات :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 680, p. 630-632.

MAZEAUD : op. cit., n. 891-895, p. 884-886.

(٦) وهذا الاتجاه ما أخذت به فكرة المشروع التمهيدى للقانون الفرنسى . راجع

الأعمال التحضيرية ج ٢ ، صفحة ٣٢٧ .

يتميز على المدين الوفاء بالالتزام الجديد : أنا في الوفاء بمقابل ، فإنه لا يكفى فيه مجرد رضا الدائن بالمقابل الجديد عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً ، ولا يكفى فيه أيضاً مجرد الالتزام المدين بتقديم هذا المقابل ، بل يتمين حصول الدائن عليه فعلاً وهذا شرط أساسى في الوفاء بمقابل ، لا شك يختلف به عن التجديد ويكفى فيه مجرد الالتزام المدين بالوفاء بالالتزام الذى نشأ جديداً دون الوفاء به فعلاً . وقد أجعل الاستثناء ما زو كل ما تقدم في عبارة موجزة مؤداهما : أنه ما دلم هناك وفاء فلا يتصور الحديث عن نشوء الالتزام ثان جديد<sup>(٧)</sup> .

### الاتجاه الثانى : ويرى في الوفاء بمقابل بيعاً تعقبه مقاصه :

فلو كان المدين ملتزماً بدفع مبلغ نقدي أصلاً وتمتد على أداء المبلغ وقدم بدلاً منه ملكية شيء وقبل الدائن ، كان ذلك وفاء بمقابل إلا أنه يعنى في نفس الوقت أن المدين قد باع للدائن شيئاً بثمن يعادل قيمة الدين الأصلى . ثم تقع مقاصه بين هذا الثمن الذى يستحقه المدين لقاء ما باع من ناحية والدين الذى يستحقه للدائن من ناحية أخرى . وينتضى كلامها بها .

وتستدري أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله نظراً لأنه يقترب نتيجة لا تقنع أحداً . إذ يضيق من نطاق الوفاء بمقابل ويحصره في حالة ما إذا كان الالتزام الأصلى في ذمة المدين يتمثل محله في مبلغ نقدي . فهو الفرض الوحيد الذى يمكن القول فيه بأن الوفاء بمقابل يعد بيعاً . صحيح أنه الصورة الشائعة للوفاء بمقابل لكنه ليس الصورة الوحيدة . فلو فرضنا أن المدين ملتزم أصلاً بالقيام بعمل واتفق مع الدائن على الوفاء بمقابل بتقديم ملكية شيء ، ففي هذا الفرض يستحيل تكييف الوفاء بمقابل على أنه بيع . وعلة ذلك ترجع ببساطة إلى انعدام ركن أساسى في البيع وهو الثمن النقدي<sup>(٨)</sup> .

### الاتجاه الثالث :

ويرى في الوفاء بمقابل مزيجاً من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . وهو ما أخذ به - على ما يبدو لنا - المشرع المكنى الكويتي فقد

(ش)

MAZEAUD : op. cit., n. 892, p. 885.

(٧)

راجع في نقد هذا الاتجاه أيضاً : عبد القم الجبراي ، المرجع السابق رقم ٢٤٦ ص

٣٩٩

(٨) في هذا المعنى : عبد القم الجبراي ، المرجع السابق ، رقم ٢٤٦ ، صفحة ٤٠٠ .

راجع في نقد هذا الاتجاه أيضاً : المنهوى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٤٦ ، ٨٠٢ .

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أنه « ويقترب على اللوفا بمقابل نقل ملكية شيء من ذمة الدين إلى ذمة الدائن وغا للالتزام مسبق بينهما فهو بهذه الحالة تجديد بتغيير الالتزام يتبعه ويمتزج به اللوفا بالالتزام الجديد على الفور » (١) .

### ٣٣١ - ثالثاً - آثار اللوفا بمقابل :

نص التقنين المعنى للكويتي في المادة ٤١٥ (م ٣٥١ مصرية) على أحكام تهيمن على اللوفا بمقابل في إنتاجه لآثاره والنصر كالاتي « يسرى على اللوفا بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين ، أحكام البيع ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام اللوفا وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في اللوفا من الحيوان للمتجدة وبانقضاء التامينات » .

والمعنى الواضح للنص ، يؤدي بنا إلى القول أن المشرع وهو يتناول أحكام اللوفا بمقابل ، قد أخذ في اعتباره ، وفي المقام الأول ، أن المقال يجب أن يكون نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر كالاتفاق ومن هذه الناحية فإن الآثار الجوهرية لتمام اللوفا بمقابل هو لانتقال ملكية الشيء - المستخدم من الدين عوضاً عن الأداء الأصلي - إلى الدائن . ومن هنا فإنه يخضع لأحكام البيع ، وفي المقام الثاني ، وعلى أساس أن تحقيق الأثر السابق وهو حصول الدائن فعلاً على المقابل عوضاً عن الأداء الأصلي وذلك بانتقال ملكية الشيء إليه مما يعني لتقصه الالتزام الأصلي ، فإن اللوفا بمقابل يخضع على هذا النحو لأحكام اللوفا .

### ومن ناحية خضوع اللوفا بمقابل لأحكام البيع :

فإنه ومحور ذلك انتقال ملكية الشيء إلى الدائن ، يمكننا أن نتصور الآثار الآتية :

- (١) يحكم العلاقة بين الدين الذي قسم الشيء عوضاً عن الأداء الأصلي من ناحية والدائن الذي استوفى العوض بانتقال ملكية الشيء إليه ، أحكام ضمان الاستحقاق بين البائع والمشتري . وعليه ، فلو استحق الشيء من يد الدائن نتيجة للتعرض للقانون له بإدعاء الغير أن له حقاً عليه ، كان له - كما لو كان مشترياً - الرجوع على الدين

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المعنى الكويتي صفحة ٢٠٠ .

بالتصويض كما لو كان بائنا ، وفقا لأحكام هذا النوع من الضمان  
التي نص عليها المشرع في المواد ٤٨٢ - ٤٨٥ من القانون المدني  
الكويتي<sup>(١٠)</sup> .

ويلاحظ بالنسبة لفرض الاستحقاق الذي نعالجه أن الدائن  
وقد استحق منه الشيء لا يمكنه أن يطالب الدين بالدين مرة  
أخرى . إذ الدين قد انقضى ، هذا من ناحية ، كما لا يمكنه من  
ناحية أخرى المطالبة بنفس الشيء إذ يستحيل على الدين أن يردده  
ليه وهو مملوك للغير . لذا قلنا أن الدائن لا يرجع على الدين إلا  
بتصويض .

(ب) تحكم للملاقة بين الدين والدائن ما ينظم علاقة للبائع والمشتري  
بخصوص ضمان العيوب الخفية فلو ظهر من الشيء الذي رضى به  
الدائن مقابل عيب خفي كان له أن يرجع بضمان العيوب الخفية  
وفقا لأحكام المادة ٤٨٦ من القانون المدني الكويتي وما يعدها<sup>(١١)</sup> .

لها من ناحية خضوع الوفاء بمقابل لأحكام الوفاء :

فانه ، وأساس ذلك ، انقضاء الدين الأصلي بالوفاء بالمقابل الجديد ،  
يمكننا أن نحدد النتائج التالية :

(أ) تنقضي التامينات التي كانت تضمن الدين الأصلي الذي انقضى بتمام  
الوفاء بمقابل إذ الفرع يتبع الأصل .

(ب) إذا تمجدت الديون في ذمة الدين والدائن واحد وكان ما قسمه  
لا يكفي بالوفاء بها جميعا ، فإن تعيين الدين الذي تم الوفاء به يكون  
وفقا للتواعد التي بحثناها من قبل في هذا الخصوص ونحن  
نتكلم عن الوفاء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام .

---

(١٠) راجع أحكام ضمان الاستحقاق في البيع ، في القانون المدني المصري : المواد

٤٣٩ - ٤٤٦ .

(١١) راجع أحكام ضمان العيوب الخفية في البيع ، في القانون المدني المصري : المواد

٤٤٧ - ٤٥٠ .

### ٣٣٢ - الوفاء بمقابل في مشروع القانون المدني المصري الجديد :

في تعريف الوفاء بمقابل . نصت المادة ٣٣٩ من المشروع على انه  
« اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام  
هذا مقام الوفاء » .

وعنده المادة تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري الحالي ،  
كما تطابق ايضا المادة ٤١٤ من القانون المدني الكويتي .

وفي آثار الوفاء بمقابل وخضوعه لأحكام للبيع والوفاء نصت المادة  
٣٤٠ من المشروع على ما يأتي : « يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل  
ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية  
المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية » . ويسرى عليه من  
حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة  
الدفن والتقصاء التامينات » .

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٥١ من القانون المدني المصري  
الحالي . مع استبدال عبارة « من حيث أنه ينقل ملكية شيء » بعبارة « فيما  
إذا كان ينقل ملكية شيء » الواردة في ذلك النص المدني المصري الحالي . ومنوق  
ذلك فهذه المادة المقترحة انما تطابق المادة ٤١٥ من القانون المدني  
الكويتي .

## المبحث الثاني التجديد

٣٣٣ - ماهية التجديد(١) :

التجديد هو استبدال دين جديد بآخر قديم أو هو لحال دين جديد محل دين آخر قديم يختلف عنه إما في أحد الأطراف أو المصدر أو المحل فالتجديد بعبارة وجيزة اتفاق يتقضى به دين وينشأ بمقتضاه آخر محل محل الأول ويختلف عنه في عنصر من عناصره الأساسية .

والتجديد على هذا النحو المتكتم ، أما ان يكون شخصيا أو موضوعيا ويكون التجديد شخصيا اذا كان بتغيير أحد طرفي الالتزام للدائن أو المدين دون ان يشمل هذا التغيير محل الالتزام أو مصدره . ويكون التجديد موضوعيا اذا كان بتغيير محل الالتزام أو مصدره مع بقاء طرفيه دون تغيير .

٣٣٤ - مقومات التجديد :

لكي يتحقق التجديد لابد من توافر المقومات الآتية :

٣٣٥ - أولا - الاتفاق على التجديد :

لا يقوم التجديد الا باتفاق اطرافه من ذوى الشأن . وفي الواقع ، فإن تحديد أطراف التجديد ، ويمتد اتفاقهم ضروريا لقيامه ، مسألة تختلف في تحديدها تبعا لنوعية للتجديد(٢) .

(١) راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٤٨٤ ، صفحة ٨١٢ .

راجع أيضا :

CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 529.

MAZEAUD : op. cit., n. 1208, p. 1111.

SAVATIER : op. cit., n. 271, p. 332.

(٢)

V. CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 530 La novation subjective-  
La novation objective.

## ١ - التجديد الشخصي :

ويكون بتغيير أحد طرق الالتزام للتحكيم ، الدائن أو المدين ، وهذا يفترض بطبيعة الحال دخول شخص أجنبي إما باعتباره دائنا أو باعتباره مدينا وفي هذه الصورة لا يقوم التجديد - لبتداء - الا باتفاق طرفي الالتزام القديم اضافة الى الشخص الأجنبي وذلك على التفصيل الآتي لفروض متعددة للتجديد الشخصي .

### ( أ ) اذا كان التجديد بتغيير الدائن :

بان يتفق على تغيير شخص الدائن بحيث يكون الدائن في الالتزام الجديد غيره في الالتزام القديم فان تجديدا مثل هذا لا يقوم الا باتفاق اطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين في الالتزام القديم اضافة الى الدائن الجديد . ونصت على هذا الحكم المادة ٢/٤١٦ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٥٢ ثالثا مدني مصري ) .

### ( ب ) اذا كان التجديد بتغيير المدين :

بان يتفق على تغيير للمدين بحيث يكون المدين في الالتزام الجديد غيره في القديم ، فان اتفقا على مثل هذا التجديد يمكن ان يتم باتفاق اطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين في الالتزام للقديم اضافة الى المدين الجديد ، كما يمكن ان يتم ايضا باتفاق شخصين فقط هما الدائن في الالتزام القديم والمدين الجديد . ونصت على ذلك المادة ٢/٤١٦ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٥٢ ثانيا مدني مصري ) .

## ٢ - التجديد الموضوعي :

ويكون بتغيير محل الالتزام او مصدره ومثال الأول ان يكون الالتزام القديم بتسليم بضاعة وللجديد بدفع مبلغ نقدي<sup>(٢)</sup> . ومثال الثاني اتفاق المؤجر مع المستأجر على ان يستبقى الأخير الأجرة المستحقة عليه على سبيل القرض ويصير القرض باداء هذا المبلغ مصدره عقد القرض لا الايجار<sup>(٣)</sup> .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 838, p. 842.

(٢)

MAZEAUD : op. cit., n. 1222, p. 1116.

(٤)

وتجدر الإشارة الى أن التجديد يخضع - باعتباره عقدا - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث أركان الاتمقاع وتوافر شروط الصحة .

### ٣٣٦ - ثانيا - طول القزام جعاع محل القزام قاعاع اختلف عاه فى عاصر اساسى :

لا يكفى توافرى او اتفقاى ذوى الشأن على القاعاع حتى يقوم ، بل ياعمى فوق ذاك أن ينفشا القزام جعاع يكون مغايرا للقزام القاعاع فى عاصر الاساسية وهى الأطراف او المحل او المصدر على نحو ما فصلنا من قبل . وعلى ذاك ، لا يوجد قاعاع اذا جاء القاعاع بعيدا عن العناصر الجوعرية المذكورة بأن شمل عاصر ثانوية مثل زمان الوفاء او مكافئه (\*) .

وحول القزام الجعاع محل القاعاع يفترض بالضرورة وجود الاخير . وعلى ذاك فانه لو كان القزام القاعاع باطلا مطلقا او قابلا للابطال وتقرر ابطاله فمن من غير المتصور وجود القاعاع ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤١٧ ماعى كويتى (م ٣٥٣ ماعى مصرى ) .

### ٣٣٧ - ثالثا - نية القاعاع : L'intention de nover.

على اساس أن القاعاع يععا عقدا على ما ذكرنا ، فانه يستوجب أن تتوافر لادى طرفيه النية عليه وبصورة واضحة . ونية القاعاع تعنى توافر القصد لادى أطرافه على انقضاء القزام قاعاع واحلال آخر جعاع محله باتجاه الادارة الى ذاك وهذا يعنى بطبيعة الحال أن القاعاع لا يمكن أن يفترض (\*) ، وإن من الممكن أن يكون ضمنيا اذ ليس من الضرورى أن يكون صريحا .

والقاعاع اذ يكون ضمنيا فانه يستخلص من ظروف يجب أن يكون واضحة . وقد نصت على ذاك المادة ٤١٨ من القانون الماعى انكويتى بقولها : للقاعاع لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة او يستخلص بوضوح من الظروف . وهو ما نصت عليه ايضا المادة ٣٥٤ من القانون الماعى المصرى فى فقرتها الاولى بينما اضافت فى فقرتها الثانية ااكيدا لما تقدم ، وبوجه خاص لا يستفاد القاعاع من كتابة سند بعين موجود قبل ذاك ، ولا مما

(٥) راجع المادة ٣٥٤/٢ ماعى مصرى .

(6) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 839, p. 843.

(٦)



يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كميته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ٠٠٠٠ ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، \*

### ٣٣٨ - آثار التجديد :

يترتب على التجديد لنقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد وقد نصت على ذلك المادة ٤١٩ من القانون المدني الكويتي ( م ١/٣٥٦ م )  
مضى مصرى ) \* وعلى ذلك يمكننا القول بأن للتجديد اثرين (٧) أحدهما مسقط والآخر منشئ . \*

### L'effet extinctif

### ٣٣٩ - الأثر المسقط :

تقرر المادة ٤١٩/١ من القانون المدني الكويتي ( م ١/٣٥٦ م ) مضى مصرى ) القاعده في هذا الشأن \* وحسبنا تقرير ، فان الأثر المسقط يتمثل - وهو يلحق الالتزام القديم - في انقضاء هذا الالتزام وتوابعه ومنها ما كان يضمه من تامينات \* وعليه فلو كان الدين الذى انقضى مضمونا برهن أو كفالة ، فانها تنقضى أو تسقط تبعاً لانقضاء الدين ، ولازم ذلك بطبيعة الحال انه ليس في مكنة الدلائل بالالتزام الجديد الاستفادة منها . \*

واستثناء على القاعده السابقة ، أجاز المشرع المدني الكويتي في الفقرة الثانية من النص السابق ، انتقال ما كان ضمن الالتزام القديم من تامينات الى الالتزام الجديد شريطة وجود نص قانوني على ذلك أو اذا تبين أن النية قد انصرفت اليه أى بالاتفاق \* وهو الحكم الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ من القانون المدني المصري مع اختلاف في الصياغة . \*

وفي بيان أحكام انتقال هذه التامينات ، اتخذ المشرع الكويتي مسلكاً فرق به بين انتقال التامينات العينية وبين انتقال التامينات الشخصية \* وأورد حكم انتقال التامينات العينية في نص واحد هو نص المادة ٤٢٠ سواء كان منها ما تحميه الدين أو غيره ، ويختلف - بهذا المسلك - عن المشرع المدني المصري الذى خص المادة ٣٥٧ بحكم انتقال التامين العينية المقدم من المدين وأورد في المادة ٣٥٨ حكماً يخص انتقال التامينات المقدمه من غير المدين سواء كانت عينية أو شخصية . \*

(7) CARBONNIER : op.cit., n. 135, p. 352.

## اولا - حكم لانتقال التامينات العينية (م ٤٢٠ مضي كويتي) :

نفرد بين ما اذا كانت مقسمة من الدين او غيره :

### ١ - اذا كانت مقسمة من الدين :

نفرد ايضا بين احتمالات ثلاثة :

( ا ) أن يكون التجديد بتغير الدين وفيه تنتقل التامينات الى الدين الجديد شريطة الا يؤثر ذلك على حقوق الغير \* ويتأتى تأثر الغير في حقوقه لو اتفق الدائن والمدين على انتقال التامين العيني لضمان الدين الجديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القديم اذ الاتفاق بخصوص امتداد الضمان الى القدر الزائد من الدين الجديد لا ينفذ في مواجهة الغير حتى لا يضار \* والغير هو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحق عيني على التامين المقدم ضمانا للدين القديم متى كان تاليا له في المرتبة (٨) \*

(ب) أن يكون التجديد بتغير الدين ، وفيه يجوز للدائن والدين الجديد الاتفاق على استبقاء التامين بغير رضا الدين الأصلي ويبقى التامين على حالة يتقل العين المقسمة منه ، ويعتبر في هذه الحالة بمثابة الكفيل العيني للدين الجديد \*

( ج ) أما اذا كان التجديد بتغير الدائن فيصير الاتفاق بين اطراف التجديد ثلاثتهم على انتقال التامينات \*

( د ) اذا كانت التامينات العينية مقسمة من سوى المدين فانها لا تنتقل الى الدين الجديد الا بموافقة من قدم هذه التامينات وبشرط الا يضر ذلك بحقوق الغير \*

ويلاحظ أن الاتفاق على انتقال التامينات العينية الى الدين الجديد لا ينفذ في حق للغير الا اذا كان هذا الاتفاق معاصرا وقت الاتفاق على التجديد \* ويسرى هذا للشرط سواء كانت هذه التامينات مقسمة من المدين او من سواء \* فاذا كان الاتفاق على انتقال التامينات لاحقا للاتفاق على

(٨) انظر الفكرة الاصلية للفقهاء الكويتي ، مشار إليها من قبل ، ص ٢٠١ \*

التجديد كان معنى ذلك أن الاتفاق على التجديد قد تم مجرداً من انتقال التامينات ومن ثم فإنها تقتضى بانقضاء الدين القديم ( م ٤٢ / ٣ مدني كويتي ) .

### شنيا - حكم انتقال التامينات الشخصية :

يقضى نص المادة ٤٢١ مدني كويتي بعدم انتقال التامينات الشخصية أو انضمام الى الدين الجديد الا برضاء الكفيل أو المدين التضامن ويترتب على ذلك القول بأنه لو كان الدين القديم مضموناً بكفالة شخصية فإنها لا تضمن الدين الجديد الا برضاء الكفيل وما ينبغي أن يلاحظ هنا ، أن انتقال الكفالة الشخصية أو التضامن الى الدين الجديد - وعلى النحو المتقدم لذلك - إنما ينفذ في مواجهة الغير ، وعلى خلاف الاتفاق على انتقال التامينات العينية ، دون أن يشترط معاصرته للاتفاق على التجديد . ومن ثم فإنه يتصور - وعند حصول التجديد - رضا الكفيل الشخصي أو المدين التضامن بالانتقال المذكور . كما يتصور هذا الرضاء لاحقاً لهذا التجديد وفي الحالة الأخيرة يمكن الاتفاق على أثر رجعي له .

L'effet créateur

٣٤٠ - الأثر الخشي :

يترتب على اتفاق ذوى الشأن على التجديد بقولهم ما عرضنا من مقومات هي لازمة لذلك وباتباع الأحكام المقررة في هذا الشأن ، نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذي لنقضى . ويلاحظ أن انقضاء الالتزام القديم يرتبط به نشوء الالتزام الجديد<sup>(١)</sup> . وهذا مقتضى التجديد وجوهه إذ لا ينشأ الالتزام الجديد الا بانقضاء الالتزام القديم وانقضاء القديم يستوجب نشوء الجديد .

نلاحظ أن الالتزام الجديد له مقوماته الذاتية<sup>(٢)</sup> ومن ثم يختلف عن الالتزام القديم . إذ لا بد أن يختلف عنه في عنصر من عناصره الأساسية على ما ذكرنا من قبل .

والالتزام الجديد له مقوماته الذاتية يعني أن له صفاته ودفعه وتاميناته . فالالتزام للجديد لا يكون الا عدياً بفض النظر عن القديم

MAZEAUD : op.cit , n. 1229, p 1118.

(٩)

(١٠) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٨ ، صفحة ٨٤٣ .

بذلك فقد عرضنا للتأمينات وقلنا أن تأمينات الدين القديم تنقضى معه أصلا  
 إلا إذا اتفق على انتقالها وفقاً لأحكام المادتين ٤٢٠ ، ٤٢١ من القانون المدني  
 الكويتي على ما ذكرنا من قبل . وعليه فإنه يمكن أن نتصور الالتزام الجديد  
 بتأمينات أو بدون تأمينات . كذلك فإنه فيما يتعلق بالدفع ، الأصل أن  
 للالتزام الجديد دفعه المستقلة . ذلك أن دفع الالتزام القديم تنقضى  
 معه ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد . وتظهر جلية أهمية ذلك لو كان الجديد  
 شخصياً وتم بتغير الدائن . إذ لا يجوز للمدين التمسك في مواجهة الدائن  
 الجديد بما كان له من دفع في مواجهة الدائن القديم (١١) .

### ٣٤١ - أحكام التجديد في المشروع المصري لتنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولاً - ففي التجديد ومقوماته وأنواعه ، نصت المادة ٣٤١ من المشروع  
 على ما يأتي : « يتجدد الالتزام ، :

أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدل بالالتزام الأصلي  
 التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره .

ثانياً - بتغيير الدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا  
 الأجنبي مديناً مكان الدين الأصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة الدين الأصلي دون  
 حاجة لرضائه ، أو إذا حصل الدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل  
 أن يكون هو الدين الجديد .

ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا  
 الأجنبي هو الدائن الجديد .

والنص كما هو واضح ، يتكلم عن التجديد الموضوعي بتغيير محل  
 الالتزام أو مصدره ، كما يتناول أيضاً التجديد الشخصي ، أما بتغيير الدين ،  
 وأما بتغيير الدائن . وقد عرضنا لذلك فيما سبق ، وهذه المادة المقترحة تطابق  
 المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق أيضاً المادة ٤١٦  
 من القانون المدني الكويتي .

ثانيا - وفي شروط التجديد ، نصت المادة ٣٤٤ من المشروع على أنه :

د ١ - لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من اسباب البطلان .

٢ - أما اذا كان الالتزام القديم قد نشأ عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة المقيد وأن يحل محله ، .

والمادة تطابق المادة ٣٥٣ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « عقد موقوف » للورادة بالمادة المقترحة بعبارة « عقد قابل للإبطال » الواردة في النص المدني المصري الحالي . لأن المشروع أخذ بفكرة المقيد الموقوف بدلا من فكرة المقيد القابل للإبطال .

ثالثا - وقد تناول المشروع آثار التجديد في ثلاث مواد :

الأولى : المادة ٣٤٥ ونصها كالآتي :

د ١ - يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه للالتزام جديد .

٢ - ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التامينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي الا بنص في القانون أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق المادة ٤١٩ من القانون المدني الكويتي .

الثانية : المادة ٣٤٦ ونصها كالآتي :

د ١ - اذا كان تامينات عينية قدمها الحين لكفالة الالتزام الأصلي فان الاتفاق على نقل هذه التامينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الاحكام التالية :

( ١ ) اذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن والدين أن يتفقا على انتقال التامينات الى الالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) إذا كان للتجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والدين الجديد أن يتفقا على استيفاء التامينات دون حاجة إلى رضا الدين القديم .

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز للمتعلمين ثلاثتهم ان يتفقوا على استيفاء التامينات .

٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التامينات نافذا في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الاحكام المتعلقة بالتسجيل .

وهذه المادة المقترحة تقابل المادة ٢٥٧ من القانون المدني المصري الحالي وتطابق المادة ٤٢٠ من القانون المدني الكويتي . وقد فبهنا من قبل الى ان القانون المدني الكويتي قد اورد حكم لذات التامينات المعنية بصفة عامة ، سواء كانت مقدمة من الدين او غيره ، في نص واحد هو نص المادة ٥٢٠ . بخلاف القانون المدني المصري الحالي كما اوضحنا من قبل . ويكون ذلك النص المقترح من المشروع قد جاء على نهج هذا النص الكويتي . وفي الحقيقة ، فان المادة المقترحة سألغة الفكر انما تقابل حكم المادة ٤١٧ من القانون المدني الكويتي ونصها كالآتي :

« اذا كان احد الالتزامين الأصلي أو الجديد باطلا فان التجديد لا يقع ، وبهنا هنا ان نبرز ما جاء بالمشروع تطبيقا على المادة المقترحة المشار اليها من انها « تطابق في حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين المدني الكويتي » وهذا غير صحيح ويستوجب اعادة النظر .

وفي شروط التجديد ايضا ، تكلمت المادة ٣٤٣ من المشروع عن فية التجديد ، ويجرى نصها على النحو التالي :

« ١ - للتجديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف .

٢ - ويوجه خالص لا يستفاد للتجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغير لا يتناول الا زمان الوفاء او مكانه أو كميته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من القانون المدني المصري الحالي مع حذف عبارة « او سمر الفائدة » التي وردت في الفقرة الثانية من الأخيرة

بعد عبارة « الا التامينات » ، ذلك جريا على احكام الشريعة الاسلامية في تحريم  
الفوائد الربوية .

وهذه المادة تطابق في فقرتها الاولى المادة ٤١٨ من القانون المدني  
الكويتي وتنص على ان « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة  
او يستخلص بوضوح من الظروف » .

لثلاثة : المادة ٣٤٧ ونصها كالآتي :

« لا ينتقل الى الالتزام الجعيد الكفالة عينية كانت او شخصية ولا  
التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينيون المتضامنون » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من القانون المدني للحالي كماله تطابق  
ايضا الفقرة الثانية من المادة ٤٢٠ المضافة الى المادة ٤٢١ من القانون المدني  
الكويتي .

والفقرة الثانية المذكورة نصها كالآتي : « فاذا كانت التامينات العينية  
مقدمة من اجنبي فلا يتم انتقالها الا برضاء من قدمها ايضا » اما المادة ٤٢١  
فنصها كالآتي : « لا ينتقل الى الالتزام الجعيد الكفالة الشخصية او التضامن  
الا اذا رضى بذلك الكفلاء او المدينيون المتضامنون » .

## المبحث الثالث

### الانابة في الوفاء

La Délégation

#### ٣٤٢ - تعريف لانابة :

تساؤل المشرع المدني ماهية الانابة في المادة ٤٢٢ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٥٩ مدني مصري ) فقد نصت الفقرة الأولى من هذا النص على ما يأتي :

« تتم الانابة إذا اتفق المدين وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه أو مكانه » أما الفقرة الثانية فنصها كالآتي :

« على أنه يلزم لبراءة ذمة المدين الأصلي موافقة الدائن » .

ومن النص السابق بفقرتيه يمكن القول بأن النيابة عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاء المدين لدائنه - وبموافقته - مدينا جديدا يقوم بالوفاء<sup>(١)</sup> .

وبعبارة أخرى فإنه يمكننا تعريف الانابة في الوفاء بأنها عبارة عن اتفاق بين دائن ومدين وأجنبي يتمهد بمقتضاء الاخير بوفاء الدين للدائن عن المدين أو بدلا منه .

وأطراف الاتفاق ثلاثة أشخاص : المدين الأصلي ويسمى النائب *le délégant* المدين الجديد ويسمى النائب *le déléataire* الدائن ويسمى النائب لديه *Le délégué*

والغالب أن النائب يرضى بوفاء الدين عن المدين أو مكانه لان هناك علاقة مديونية سابقة - هو مدين فيها - تربطه النائب . مثال ذلك ( أ ) مدين بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال ، ( ب ) هو للدائن . وهناك شخص آخر ( ج ) دائن بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال والمدين هو ( ب ) فيتفق هؤلاء الأشخاص ثلاثتهم على أن

---

SAVATIER : op. cit., n. 275, p. 334.



يقوم ( ١ ) عن ( ب ) بوفاء الدين مباشرة للدائن ( ج ) ويترتب على ذلك براءة  
ذمة ( ب ) في مواجهة ( ج ) وفي نفس الوقت تبرأ ذمة ( أ ) في مواجهة  
( ب ) \*

ولكن يلاحظ أنه يتصور رضا النائب وفاء الدين عن المدين أو مكانه دون  
أن تربطه به علاقة مديونية سابقة \* فهذه العلاقة ليست شرطاً لا تقوم  
الانابة دونه ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة ٤٢٢ مدي كويتي  
( م ٢/٣٥٩ مدي مصرى ) اذ قالت : « ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك  
مديونية سابقة بين المدين والأجنبي » \*

### ٣٤٢ - نوعا الانابة :

ذكرنا أن مقتضى الانابة في الوفاء تمهد شخص أجنبي ( النائب ) بالوفاء  
للدائن ( النائب لديه ) عن المدين ( المنيب ) \* وقد يبقى المنيب مسؤولاً عن  
الدين مع النائب أمام النائب لديه وهذه صورة للانابة ، وقد يتفق على  
برائه ذمة المنيب ليكون النائب وحده مسؤولاً عن الدين وهذه صورة أخرى \*

فاذا اتفق على بقاء المنيب مسؤولاً عن الدين مع النائب في مواجهة  
النائب لديه كانت الانابة ناقصة  
*délégation imparfaite*  
أما إذا اتفق على براءة ذمة المنيب مما يعنى بقاء النائب وحده مشغولة  
بالدين كانت الانابة كاملة \*  
*délégation parfaite.*

والفارق واضح بين النوعين ففي الانابة الكاملة ينقضى الالتزام الأصلي  
ومن ثم تبرأ منه ذمة المنيب وينشأ على عاتق النائب التزام جديد يتمين عليه  
الوفاء به للنائب لديه ولذلك تعد هذه الانابة تحديداً بتغيير شخص  
المدين (١٣) \* ولذا فإن الاتفاق عليها يجب أن يكون صريحاً ونصت على ذلك  
الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدني الكويتي ( م ١/٣٦٠ مدي  
مصرى ) اذ قالت : « إذا كان مقتضى الانابة أن يحل التزام النائب مكان التزام  
منيب اعتبر ذلك تحديداً للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب  
قبل النائب لديه » \*

---

MAZEAUD : op. cit., n. 1238, p. 1127.

SAVATIER : op. cit.,

أما في الإثابة الناقصة ، فلا ينقضى الالتزام الأصلي ومن ثم تبقى ذمة المنيب مشغولة بالدين لا تعباً ، كل ما هنالك أنها تترقب نشوء التزام جديد يقوم إلى جانب الالتزام الأصلي . لذا فهي لا تنطوي على تجديد بخلاف الانابة الكاملة .

ويجسد بنا إن نشير إلى أن الإثابة تكون ناقصة دائماً إلا إذا كان الاتفاق على الانابة صريحاً في اتجاه إرادة الأطراف بوضوح إلى الانابة الكاملة . ونصت على هذا للحكم للفترة الثانية من المادة ٤٢٣ من القانون المدني الكويتي ( م ٢/٣٦٠ م١ مصري ) . إذ مالت : لا يفترض التجديد في الانابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول .

وعلى الرغم مما تقدم ، تتفق الإثابة الكاملة والناقصة في فكرة واحدة تنبئ عليها الإثابة بصفة عامة ومؤداها : أن الالتزام المناب يعد التزاماً مجرداً عن سببه أي عن العلاقة التي تربطه بالمنيب (١٠) . ولازم ذلك بطبيعة الحال أن الالتزام المناب يكون صحيحاً بغض النظر عن الالتزام المناب وما إذا كان باطلاً أو كان للبائع عليه غير مشروع وعلة تجريد الالتزام المناب تكمن في ضمان استمرار المعاملات (١١) . ونصت على الحكم السابق المادة ٤٢٤ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٦١ م١ مصري ) وجاء بها : يكون التزام المناب صحيحاً ولو كان التزامه قبل المدين باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يكون للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . وتأسيساً على كل ذلك ، فلو كان الالتزام المناب باطلاً لسبب من الأسباب أو كان يرد عليه أي دفع من الدفوع أو كان قبول المناب الإثابة قد انفى على مديونية المنيب فإن ذلك كله لا يؤثر على كون المناب ملتزماً بأنواعه لندامن . كل ما هنالك أنه يكون للمناب الرجوع على المنيب وفقاً لقواعد الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب حسب الأحوال ، وذلك ما لم يقصد المناب التبرع للمنيب ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

#### ٣٤٤ - الإثابة في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

في مامية الإثابة في الوفاء نصت المادة ٣٤٨ من المشروع على ما يأتي :

١ - تتم الإثابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان الدين .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 842, p. 847.

(١٠) راجع محمد كليب شنب ، المرجع السابق رقم ٢٨٢ من ٢٨٢ ، ٢٨٢ .

٢ - ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين الدين والأجنبي .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من القانون المبنى المصرى الحالى ، وهى مطابقة أيضا للفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٤٢٢ من القانون المبنى الكويتى .

ونصت المادة ٣٤٩ من المشروع على ما يأتى :

١ - إذا اتفق المتعاضدون فى الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير الدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا ولا يكون المناب مسررا وقت الانابة .

٢ - ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الانابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول ، .

والمادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المبنى المصرى الحالى . وتطابق أيضا المادة ٤٢٣ من القانون المبنى الكويتى . فيما عدا أن الأخيرة لا تتضمن للشرط الذى جاء بالفقرة الأولى من النص المصرى المقترح ومؤداه : ألا يكون المناب مسررا وقت الانابة .

ونصت المادة ٣٥٠ من المشروع على أنه : يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان للالتزام قبل المنيب باطلا وكان هذا الالتزام خاضعا لحفع من الخفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

والنص واضح فى أن التزام المناب قبل المناب لديه يمد التزاما مجردا والنص بذلك يطبق المادة ٣٦١ من القانون المبنى المصرى الحالى . كما يطابق أيضا نص المادة ٤٢٤ من القانون المبنى الكويتى .

## المبحث الرابع

### المقاصة

#### LA COMPENSATION

#### ٣٤٥ - تعريف المقاصة :

هى طريق لانقضاء دينين متقابلين فى ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت ، بقدر الأمتل منهما<sup>(١٦)</sup> .

فلو كان ( أ ) مدينا بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال على سبيل القرض والدائن ( ب ) ، ثم اشترى ( ب ) شيئا من ( أ ) بمبلغ ٥٠٠٠ ريال وصار بذلك مدينا بهذا المبلغ تقع المقاصة بين الدينين بقدر الأمتل منهما بحيث لا يبقى فى ذمة أحدهما الا ما زاد على هذا القدر . ومن ثم ينقضى الدينان فى حدود ٥٠٠٠ ريال فالدائن بالقدر الأمتل وهو ( أ ) يكون قد استوفاه كله أما الدائن بالقدر الأكبر وهو ( ب ) فلم يستوف الا حزا منه حقه ويبقى الآخر فى ذمة مدينة وهو ( أ ) ويجب لوفاء به .

#### ٣٤٦ - طبيعة المقاصة وأنواعها :

La compensation constitue un double paiement et une grante.

المقاصة فى طبيعتها وفاء مزدوج وضمان . فالمقاصة فى المقام الأول وفاء مزدوج . اذ يترتب على وقوعها لانقضاء<sup>(١٧)</sup> الدينين المتقابلين بقدر الأمتل منهما . وكما ذكرنا فانها تؤدى الى انقضاء الدين الأمتل كلنا بينما ينقضى بها الدين الأكبر جزئيا . وهى فى المقام الثانى ضمان . اذ تمكن كل طرف من استيفاء حقه - كله أو جزء منه - مما فى ذمته للطرف الآخر ولذلك فان الدائن يضمن بها استيفاء حقه بالأولوية وتجنبه مشاركة دائنى الدين . وللمقاصة أنواع ثلاثة : هى اما قانونية او اتفاقية او قضائية . ونبحث المقاصة القانونية فى مطلب مستقل . فلم يعين المشرع الا بها ثم نبحث فى مطلب آخر المقاصة الاتفاقية والقضائية .

(١٦) راجع السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٢٥ ، صفحة ٨٧٢ .

SAVATIER : op. cit., n. 313, p. 383.

MAZEAUD : op. cit., n. 1145, p. 1056.

(١٧) راجع ايضا :

## المطلب الأول

### المقاصة القانونية

#### La Compensation Légale

٣٤٧ - تقسيم :

المقاصة القانونية هي التي تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها ونبحث هذه الشروط ثم تبين ما يترتب على توافرها من آثار .

٣٢٨ - أولا - شروط المقاصة القانونية :

حتى تقع المقاصة بقوة القانون ينبغي توافر للشروط الآتية :

١ - وجود دينين متقابلين :

تتطلب المقاصة القانونية في وقوعها - أول ما تتطلب - وجود دينين متقابلين . والفرض في هذه الحالة أن كل طرف فيها يعد دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت . ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين وبنفس الصفة (١٨) . وتضمنت هذه الشرط المادة ١/٤٢٥ معنى كويتى ( م ١/٣٦٢ ) معنى مصرى ) .

٢ - تماثل الدينين في المحل :

لا يكفى لوقوع المقاصة بقوة القانون وجود دينين متقابلين ، بل يجب أن يوجد تماثل بين الدينين في المحل وتماثل الدينين في المحل مقتضاه أن يكون الدينان من النقص أو الخليات وفي غير ذلك لا يتصور وقوع المقاصة القانونية فلا تقع هذه المقاصة بين التزام بنقل ملكية وآخر بالقيام بعمل . وحتى لا يتصور وقوعها بين التزامين بالقيام بعمل وإن تماثلا .

ويلاحظ انه لا يكفى أن يكون محل الدينين من النقص أو الخليات حتى تقع المقاصة بقوة القانون ، بل يتعين فوق ذلك وبصفة خاصة إذا كان الدينان من الخليات أن تتحدد هذه الخليات من حيث النوع والجودة .

---

(١٨) عبد القم الجبرولى ، المرجع السابق ، رقم ٣٧١ ، صفحة ٤٣٠ .

ويترتب على ذلك أن المقاصة لا تقع إذا اختلفت المثلثات في النوع فلا مقاصة لو كان أحد الدينين مطه قمحا والآخر أرزا . كذلك لا تقع المقاصة إذا اختلفت المثلثات في الجودة ولو كانت متحدة في النوع . كما لو كان كل أحد الدينين توريد جلود من صنف جيد ومحل الآخر توريد جلود من صنف أقل جوده ونصت على هذا للشرط المسادة ١/٤٢٥ مدني كويتي ( م ١/٣٦٢ مدني مصري ) .

وتجدر الإشارة الى أنه ليس ضروريا - برفع المقاصة القانونية - أن يكون مصدر الدينين واحدا ، كما أنه لا يشترط تماثل الدينين في المقدار . كذلك فإن اختلاف المكان المحدد لوفاء الدينين لا يمنع وقوع هذه المقاصة وتضمنت الحكم الأخير المسادة ٤٢٦ مدني كويتي ( م ٣٦٣ مدني مصري ) إذ قالت : « تجوز المقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، وفي هذه الحالة يجب على من يتمسك بالمقاصة أن يفاوض الطرف الآخر عما لحق من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه في المكان الذي عين ذلك » .

### ٣ - خلو الدينين من النزاع :

لا تقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينان متقابلين ومتماثلين في المحل ، إلا إذا كان كل منهما خاليا من النزاع . وهذا يفترض أن كلا منهما محقق للوجود معين المقدار . وعلى ذلك لا تقع هذه المقاصة ، إذا كان أحد الدينين متنازعا فيه من حيث وجوده ومقداره . وتضمنت هذا الشرط المسادة ١/٤٢٥ مدني كويتي ( م ١/٣٦٢ مدني مصري ) .

### ٤ - صلاحية الدينين للمطالبة القضائية :

ينبغي لوقوع المقاصة القانونية أن يكون كل دين صالحا للمطالبة به قضائيا وعلى ذلك فلا مجال لوقوع هذه المقاصة ، لو كان أحد الدينين طيبميا وليس مدنيا وتضمنت هذا الشرط المسادة ١/٤٢٥ مدني كويتي ( م ١/٣٦٢ مدني مصري ) .

### ٥ - استحقاق الدينين للاداء :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين مستحق الاداء . ونصت على الشرط المسادة ١/٤٢٥ مدني كويتي ( م ١/٣٦٢ مدني مصري ) وبناء على ذلك ، لا تقع هذه المقاصة لو كان أحد الدينين معلقا على شرط ولتف لم يتحقق أو كان مضافا للى أجل لم يحل . ويلاحظ أن وجود

الاجل لا يؤدي بمطلقة الى منع وقوع المقاصة بقوة القانون . فقد نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدني الكويتي في فقرتها الثانية ( م ٢/٣٦٢ مدني مصري ) على ما يأتي :

« ولا يمنع المقاصة ان يكون ميماد الوفاء قد تأجل على نظرة منحها القاضي او تبرع بها الدائن » . والمدني الواضح للنص يؤدي بشا الى القول ان المشرع وقد استوجب اصلا استحقاق الدينين للاداء شرطا . لا تقع المقاصة القانونية دونه ، الا انه قد استثنى الحالة التي يتأجل فيها وفاء احد الدينين لان الدين حصل على نظرة ميسرة من القاضي او الدائن فلم يجعل من حصول الدائن عليها مانعا يحول دون وقوع المقاصة القانونية (١٩) .

٦ - قابلية الدينين للحجز :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون اضافة الى ما تقدم ان يكون كل من الدينين قابلا للحجز . فاذا كان غير ذلك لما وقعت هذه المقاصة . وعة ذلك ترجع كما ترى - مع البعض - (٢٠) الى ان المقاصة تؤدي الى استيفاء جبري وهي نفس النتيجة المترتبة على الحجز . فاذا كان الحجز غير جائز فكيف تقع المقاصة ؟ وقد اضاف البعض (٢١) في هذا التطيل ان الحق غير القابل للحجز يقصد القانون ان يكون خالصا لصاحبه وفي اجازة المقاصة معه حرمان لصاحبه منه . وتضمنت المادة ٤٢٧/ج مدني كويتي هذا الشرط ( م ٣/٣٦٤ مدني مصري ) .

#### ٧ - وجوب التمسك بالمقاصة :

لا يكفي توافر الشروط السابقة حتى تقع المقاصة بقوة القانون . اذ يتعين فوق ذلك ان يتمسك بها صاحب المصلحة . فاذا لم يتمسك بها لا تقع . ويترتب على ذلك بحكم النطق انه لا يجوز للقاضي - وصاحب المصلحة لم يتمسك بها - ان يحكم بوقوع المقاصة القانونية من تلقاء نفسه . ولكن

---

(١٩) مع ملاحظة ما ذكرنا من قبل بخصوص نظرة الميسرة من لها القرب الى الشرط دون الاجل راجع ما سبق صفحة ١٢٢ .

(٢٠) راجع : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٨٦ ، صفحة ٢٨٧ .

(٢١) عبد القم للبدروى ، المرجع السابق ، رقم ٢٨١ ، ص ٤٢٢ .

إذا تمسك بها صاحب المصلحة تعين على القاضي للحكم بوقفها . وننبه الى ان دور القاضي هنا دور كاشف لا منفي . . . فالمقاصة لا تقع بحكمه لذاته فوجوب التمسك بالمقاصة هو شرط لحكم القاضي بها وليس شرطاً لوقوعها (٣٣) .

ومن ناحية أخرى فإنه لا يجوز لصاحب المصلحة النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها . وقد نصت على الأحكام السابق للمادة ٤٢٨/١ من القانون المدني الكويتي ( م ١/٣٦٥ مدني مصري ) إذ قالت : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » . وعلى ما يبدو ، فإن المشرع ، وقد جعل مناط النزول عن المقاصة ثبوت الحق فيها ، إنما استهدف حماية المدينين الضعفاء لما تبين له أن الدائنين الأقوياء ، كالبنوك مثلا ، يشترطون على مدينهم التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم في المستقبل من حقوق (٣٤) .

وتجدر الإشارة الى أن الحق في التمسك بالمقاصة القانونية - بتوافر شروطها الأخرى - ليس مطلقا وإنما يخضع لقيود مؤداه عدم جواز التمسك بها اضراما بحقوق الغير ، فلو تصورنا أن أحد طرفي المقاصة معين لشخص ثالث أوقع الحجر على حق هذا المدين لدى للطرف الآخر في المقاصة فلا يجوز للأخير أن يتمسك بالمقاصة لأنها سوف تضر بهذا الشخص الثالث وهو دائن حاجز . ونصت على هذه الأحكام المادة ٤٣٠ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٦٧ مدني مصري ) . وكذلك إذا قام أحد طرفي المقاصة وقبل التمسك بها بتحويل حقه الى شخص ثالث وقبل الدين الحوالة دون أن يحتفظ لنفسه بحق التمسك بالمقاصة رغم الحوالة فلا يجوز له إذا طالب به المحال له بما في ذمته أن يتمسك بالمقاصة في مواجهته لأن في التمسك بها اضراما بالمحال له . أما إذا كان المدين لم يتقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه الحوالة من التمسك بالمقاصة . ونصت على ذلك المادة ٤٣١ مدني كويتي ( م ٣٦٨ مدني مصري ) .

(٢٢) راجع في المعنى : مصطفى الجبال وجلال الهدوي ، أصول المعاملات ، ص ٣٥٣ .

(٢٣) مصطفى الجبال وجلال الهدوي ، المرجع السابق ، الموضع السابق .



الأصل أنه إذا تولفت للشروط السابقة وقعت المناصبة بقوة القانون بيد الدينين المتقابلين . واستثناء على هذا الأصل منع المشرع وقوع هذه المناصبة في حالتين حتى مع تولف الشروط السابقة (٢٤) .

### الحالة الأولى :

إذا كان محل أحد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/٣ من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٦٤/م . مدني مصري ) .

فلو أن شخصا نزع شيئاً دون حق من يد مالكه ، فليس من شك في التزامه بالرد ، فلو تصورنا أن له في ذمة المالك ديناً مماثلاً ، فلا يجوز أن يمتنع عن رد الشيء على أساس المناصبة القانونية بين ماله وما عليه . إذ لا يجوز أن يقضى الشخص لنفسه .

### الحالة الثانية :

إذا كان محل أحد الدينين رد شيء مودع أو معار ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/ب من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٦٤/ب مدني مصري ) .

فلو كان للمودع لديه ( وهو ملتزم بالرد ) دين في ذمة المودع أو كان للمستعير ( وهو ملتزم بالرد أيضاً ) دين في ذمة المير فلا تقع المناصبة القانونية بين الدينين في الحالتين . فلا مقلصة بقوة القانون بين ما للمودع لديه وما عليه ولا بين ما للمستعير وما عليه . وقد تفيا المشرع من ذلك المحافظة على الثقة بشأن هذا النوع من العقود وهي من عقود الأمانة .

وقد تكلم المشرع المدني الكويتي في الفقرتين ج ، د من النص السابق وعلى التوالي عن حالتين إضافة إلى ما تقدم ، لا تقع المناصبة القانونية بينهما . الأولى منهما إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز وهي حالة تناولها للقانون المدني المصري في الفقرة ( ج ) من النص المذكور من قبل وتكلمنا عن

(٢٤) راجع المسائل في الفقرة الأولى والثانية من المادة ١٢٩٣ من القانون

المدني الفرنسي .

V. MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 640, 8. 809.

هذه الحالة عند دراسة الشرط السادس لوتنوع المقاصة للقانونية . أما الثانية فقد تضمنتها الفقرة (د) من النص المدني الكويتي المشار اليه وهي حالة ما د إذا كان أحد الدينين مستحقا للنفقة ، . ويلاحظ أن القانون المدني المصري لم ينص على هذه الحالة صراحة في نصه المقابل للنص الكويتي .

## ٣٥٠ - ثانيا - آثار المقاصة القانونية :

إذا توافرت شروط المقاصة التي ذكرناها من قبيل ترتب على ذلك كما جاء في المادة ٢/٤٢٨ مدني كويتي - « انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة » ، وجوباً نصت عليه أيضا المادة ٢/٣٦٥ مدني مصري ، (٣) .

وفي ضوء النص السابق يمكننا القول بأن الأثر الجوهرى لوتنوع المقاصة بقوة القانون يتعلل في انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما . وهذا يفترض أن أحدهما أكبر من الآخر . حيث ينقضى الدين الأقل كلياً وينقضى الأكبر جزئياً على ما ذكرنا من قبيل . أما إذا كان الدينان متساويين في المقدار الدينان باكملهما .

وإذا تعددت الديون في ذمة أحد طرفي المقاصة للطرف الآخر ثارت صعوبة بشأن تعيين ما ينقضى بالمقاصة من هذه الديون المتعددة . ويمكننا القول إجمالاً بأنه تنطبق في هذا الخصوص قواعد تعيين الدين الذي ينقضى بالوفاء ضمن ديون متعددة والتي درسناها من قبيل في المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من القانون المدني الكويتي ( م - ٣٤٤ - ٣٤٥ مدني مصري ) .

وقد نصت على الاحالة الى قواعد الوفاء بالديون المتعددة بشأن تعدد الديون في المقاصة المادة ٣/٤٢٨ من القانون المدني الكويتي ( م - ٢/٣٦٥ مدني مصري ) .

وما ينبغي أن يلاحظ - وكما يتضح من نص المادة ٢/٤٢٨ مدني كويتي سابقة الذكر - أن الأثر الجوهرى للمقاصة - وهو انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما - إنما يترتب بأثر رجعى . أى يترتب ليس من وقت التصك بالمقاصة ولكن منذ الوقت الذي يكتمل فيه توافر الشروط الأخرى للمقاصة غير وجوب التصك بها .

(٢٥) وللمع في أثر المقاصة القانونية في القانون المدني الفرنسي نص المادة ١٢٩٠ .

V. CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 515.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 646, p. 672-673.

## المطلب الثاني

### المقاصة القضائية والمقاصة الاتفاقية

٣٥١ - أولا - المقاصة القضائية : La Compensation Judiciaire

تتم المقاصة القضائية عندما يقوم دائن بمطالبة مدينه قضاءا بالوفاء ، ويتمسك المدين بحق له في دعة دائلته المدعي . ذلك ان هذا الحق يتطلب بالنسبة له شرط الخلو من النزاع ، وهو شرط لوقوع المقاصة للقانونية كما رأينا . ومن ثم لا يمكنه التمسك بها . ولكن يمكن للقاضي ان يفصل في النزاع الذي يرد على حق المدعي عليه ويحسمه ، ومن ثم يصير الدين خاليا من النزاع ويمكن ان تتم المقاصة ويجريها القاضي بحكمه<sup>(٣٦)</sup> .

فقال ذلك<sup>(٣٧)</sup> ان رفع المؤجر دعواه على المستاجر مطالبا اياه بالاجرة فيطالب المؤجر - عن طريق طلب عارض - بتسويض عسا اصابه من ضرر من العين المؤجرة وتستطيع المحكمة ان تتوقف عن انفصل في طلب المؤجر حتى تحسم النزاع بشأن حق المستاجر عن طريق تحديد التسويض المستحق اذا بين لها ان ضررا اصابه . فاذا حسم النزاع الذي ورد على حق المستاجر بتحديد التسويض ، أصبح حقه خاليا من النزاع فتعود المحكمة الي الفصل في دعوى المؤجر بالاجرة وممها دعوى المستاجر بالتسويض وذلك بحكم واحد تقضى فيه بوقوع المقاصة بين الدينين .

ويمكفنا القول اذا : ان المقاصة القضائية هي التي تتم بحكم القضاء اذا لم تطلب شرط من شروط المقاصة القانونية وكان في استطاعة القضاء استكمالها كما لو كان احد الدينين محلا لنزاع ، الذي يمكن للقاضي ان يحسم النزاع ومن ثم يجري المقاصة لخلو الدينين من النزاع<sup>(٣٨)</sup> .

CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 518. (٣٦)

MAZEAUD : op. cit., n. 1151, p. 1080.

(٣٧) راجع الآلا :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 649, p. 874.

(٣٨) في هذا المعنى : محمد نبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٣٠ ، صفحة ٣٩١ .

ويكون أثر المقاصة القضائية من تاريخ الحكم بها (٢٩) . وهذا الأثر يتمثل في انقضاء الدينين بقدر الأمل منهما .

### ٣٥٢ - ثانيا - المقاصة الاتفاقية : La Compensation conventionnelle :

وتسمى أحيانا بالمقاصة الاختيارية ، وتفتح بإرادة ذوى الشأن في الحالة التي يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية ، بحيث يتجاوز عنه من تقرر هذا للشرط لمصلحته . ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية باتفاق الطرفين ، ويحدث ذلك لو أن الشرط الذي تخلف من شروط المقاصة كان متوقفا لمصلحة طرفيها . كما إذا تخلف شرط نمائيل الدينين في المحل ، حيث يجوز الاتفاق على وقوع المقاصة بين الدينين على الرغم من ذلك .

ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية أيضا بإرادة أحد الأطراف ، ويتحقق ذلك إذا كان شرط المقاصة القانونية الذي تخلف يقصد منه مصلحة هذا الطرف . ويمكن أن نتصور ذلك إذا كان أحد الدينين مضاعفا إلى أجل ، والأجل لمصلحة الدين حيث يجوز للاخير التمسك بالمقاصة بين دينه وماله من حق مستحق الأداء (٣٠) .

ويترتب أثر المقاصة الاختيارية - وهو تعبير أدق من الاتفاقية - (٣١) من وقت الاتفاق عليها أو التمسك بها حسبما إذا كانت بالاتفاق أو بإرادة أحد الطرفين (٣٢) .

وأثر المقاصة الاتفاقية يتمثل في انقضاء الدينين مع ملاحظة أن هذه المقاصة لا تقع بين دينين غير متساويين إلا إذا رضى بها الدائن صاحب الدين الأكبر (٣٣) .

---

(٢٩) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ رقم ٥٦٠ ص ٩٤٢ . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٩١ ص ٣٩٢ وقد أشار في مجلس رقم (٢) بنسخ الصلحة التي رأى للتكسور جلال العوي ولزور سلطان مؤداه أن أثر المقاصة القضائية يكون من وقت رفع الدعوى لا من تاريخ الحكم على أساس أن الأحكام كاشفة وليست منقشة .

(٣٠) ولج ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٥٧ ، ص ٩٣٣ - ٩٣٦ .

(٣١) ونفضل تعبير المقاصة الإرادية لأنه يشمل ما يتم منها بالاتفاق أو بإرادة أحد الطرفين .

(٣٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ( ٣٩١ ، ص ٣٩٢ ) .

(٣٣) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٥٨ ص ٩٣٧ .

## ٣٥٣ - القاصة في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا - في مامية القاصة وشروطها جاء نص المادة ٣٥١ من المشروع على النحو التالي :

١ - للمدين حق القاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الاداء صالحا للمطالبة قضاء .

٢ - ولا يمنع القاصة ان يتاخر ميعاد الوفاء لهله منحها للقاضي او تبرع بها للدائن .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري الحالي .  
كما تطابق أيضا المادة ٤٢٥ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٥٢ من المشروع أيضا على انه : يجوز للمدين ان يتمسك بالقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة ان يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب القاصة من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك .

والادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٢٦ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا - وفي احوال منع القاصة ، نصت المادة ٣٥٣ من المشروع على ما يأتي :

• تقع القاصة في الدينون ايا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

( ا ) اذا كان احد الدينين رديء نزع دون حق من يملكه .

( ب ) اذا كان احد الدينين رديء مودع او معار عارية لستعمال .

( د ) اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٤ من القانون المدني المصري الحالي .  
وهي تطابق أيضا المادة ٤٢٧ من القانون المدني الكويتي وفي التمسك بالمقاصة  
والنزول عنها وآثارها ، نصت المادة ٣٥٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - لا تنجح المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ،  
ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ - ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الإقتل منهما ، منذ  
الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع في  
المقاصة كتحسينها في الوفاء .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري الحالي  
كما تطابق المادة ٤٢٨ من القانون المدني الكويتي .

ثالثا - وفي قيود التمسك بالمقاصة القانونية ، نصت المادة ٣٥٦  
من المشروع على ما يأتي :

١ - لا يجوز أن تقع المقاصة اضارا بحقوق كسبها الغير .

٢ - فإذا أوقف الغير حجزا تحت يد الدين ، ثم أصبح الدين دائئنا  
لدائئنه ، فلا يجوز أن يتمسك بالمقاصة اضارا بالاحجز .

والمادة تطابق المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما  
تطابق أيضا المادة ٤٣٠ من القانون المدني الكويتي .

وفي اطار هذه القيود أيضا ، نصت المادة ٣٥٧ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا حول الدائن حقه للغير وقبل الدين الحوالة دون تحفظ ،  
فلا يجوز لهذا الدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن  
يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - أما إذا كان الدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه  
الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري الحالي ،  
كما تطابق أيضا المادة ٤٣١ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٥٨ من المشروع على أنه ، إذا وفي الدين فئنا وكان له  
أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز له أن يتمسك اضارا بالغير  
بالتأمينات التي تكفل حقه ، الا إذا كان يجهل وجود هذا الحق .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما  
تطابق المادة ٤٣٢ من القانون المدني الكويتي .

## البحث الخامس

### اتحاد الذمة

#### LA CONFUSION

٣٥٤ - تعريف وكيفية تحققه :

يقصد به باتحاد الذمة \* أن تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لنفس الدين (٢٤) . وغالبا ما يتحقق اتحاد الذمة بالوفاة ولكن يتصور أيضا تحققه حال الحياة .

واتحاد الذمة إذ يتحقق بواقعة الوفاة ، فلنأخذ نكون أمام احتمال من اثنين ، في الأول منهما يتوفى الدائن ويرثه المدين باعتباره وارثا وحيدا لا شخص غيره . وهنا تنتقل كل حقوق الدائن إلى المدين ومنها حقه في ذمة الأخير . وينتفى المدين كلياً باتحاد الذمة . أما في الثاني ، يتمدد الورثة ويكون المدين واحدا منهم وهنا لا ينتفى من الدين باتحاد الذمة إلا القدر الذي يعادل حصة المدين الورث (٢٥) وقد ضمن المشرع المدني الكويتي الأحكام السابقة المادة ٤٢٣ ونصها كالآتي : « إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى التزام واحد انتفى هذا الالتزام بالقدر الذي تحدث فيه الذمة » (م ١/٢٧٠ منى مصرى) .

إضافة إلى كل ما تقدم ، فإن اتحاد الذمة يمكن أن يتحقق أثناء الحياة ، كما لو اكتسب المدين حق الدائنية (٢٦) .

*L'acquisition de la créance par le débiteur lui même*

وتطبيقا لذلك فإنه لو قامت إحدى الشركات بشراء ما أصدرته من سندات ، فإنها - والسند يمثل ديونا عليها - تصبح دائنا . ومن ثم تجتمع بالنسبة لها صفتا الدائن والمدين .

SAVATIER : op. cit., n. 310, p. 387.

MAZEAUD : op. cit., n. 1141, p. 1054.

“ Lorsqu'une Personne meurt, laissant plusieurs héritiers,  
la confusion n'atteint qu'une fraction de l'obligation ”

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 86060.

يقترَّب على اتحاد الذمة على ما ذكرنا انقضاء الالتزام بالتقدير الذي  
 لتحديث فيه الذمة . وقد تناول المشرع الكويتي في المادة ٤٢٣ ( م .  
 ٢/٣٧٠ مصرية ) فرضاً يزول فيه وبأثر رجعي السبب الذي أدى إلى  
 اتحاد الذمة . والمادة يجرى نصها على النحو التالي :

« إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي  
 عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر  
 اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

والمعنى الواضح للنص يؤدي بنا إلى القول بأنه إذا وجد من الأسباب  
 ما يقترَّب عليه زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي ، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن لم  
 يكن ويمسود الدين كما كان بأصله وقامياته . ويمكننا أن نتصور زوال سبب  
 اتحاد الذمة بأثر رجعي بإبطال التصرف الذي أدى إلى وجوده (٣) كما لو  
 أوصى دائن معين بماله في ذمته وكان عقد الوصية قابلاً للإبطال لسبب أو  
 لآخر من الأسباب التي تؤدي إلى ذلك . فلو مات الوصي تحقق لاتحاد الذمة  
 لكن لو أبطلت الوصية فإن اتحاد الذمة يزول ويعتبر كأن لم يكن ويمسود  
 الدين إلى وجوده الأصلي . مثال ذلك أيضاً أنه يبطل العقد الذي اشترى  
 به المستاجر العين المؤجرة .

وليس لنا من تعليق على هذا الحكم الذي أورده النص السابق ، سوى  
 القول أنه يتعين علينا للحذر معه عند تكييف اتحاد الذمة على أنه سبب  
 لانقضاء الالتزام فإذا كان زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة يؤدي - إذا  
 كان الزوال بأثر رجعي - إلى ظهور الدين إلى الوجود ، فإن معنى ذلك أن  
 الدين لم ينقض في أي وقت من الأوقات باتحاد الذمة هذا والذي زال بزوال  
 سببه . كل ما هنالك أن اتحاد الذمة باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص  
 واحد بالنسبة لنفس الدين إنما يشكل - وهذا هو الدور الحقيقي لاتحاد  
 الذمة في نظرنا - مقعاً أمام المطالبة بالدين . إذ لا يحقل أن يطالب الشخص  
 نفسه .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 860.

ول هذا المعنى أيضاً : مصطفى لأجل ولجل المحتوى . أصول الممارسات ، ص ٢٥٥ .



## ٣٥٦ - اتحاد الذمة في المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في العمليات المالية :

نصت المادة ٣٥٩ من المشروع على ما يأتى :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى  
دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى لتحته فيه الذمة .

٢ - ومع ذلك ، إذا أصبح الدائن وارثا لمدين ، فلا ينقضى الدين  
باتحاد الذمة ، بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين .

والمادة تطابق في مقررتها الأولى المادة ٣٧٠ من القانون المحلى المصرى  
الحالى . أما مقررتها الثانية فمستحدثة . وتمالج الفرض الذى يصير فيه  
الدائن وارثا لوفاة مدينه . ومؤدى الحكم الولد أن الدائن يحصل على  
الدين من التركة تطبيقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين . ثم يحصل على  
نصيبه في تركة المدين باعتباره وارثا . ويلاحظ أن سبب لانتفاء الدين ليس  
اتحاد الذمة ولكنه الوفاء والفقرة لا نظير لها في القانون المحلى الكويتى .

ونصت المادة ٣٦٠ من المشروع على أنه « إذا زال السبب الذى أدى  
الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود . هو  
وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

وعده المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من القانون المحلى  
المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٣٤ من القانون المحلى الكويتى .

## المبحث السادس

### انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي

٣٥٧ - تقسيم :

ينقضي الالتزام في الفقه الإسلامي بمدة طرق غير الوفاء • ومن منتهى الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء على نحو ما ذكرنا ونحن نتناول هذه الطرق بالدراسة في القانون المجزئ الذي لا يختلف عن هذا الفقه بشأنها •

وسوف نتناول منها في الفقه الإسلامي : الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والائابة واتحاد الذمة ، وسوف نبدأ بالمقاصة أولا وهي محل اهتمام الفقه الإسلامي ونخصص لها مطلباً • ثم نتناول الطرق الأخرى تباعاً كل في مطلب ، على أن نخصص للتجديد والائابة مطلباً ما •

## المطلب الأول

### المقاصدة في الفقه الاسلامي

#### ٣٥٨ - تعريف المقاصدة وأنواعها :

عرف ابن جزى المالكي المقاصدة بقوله « هي اقتطاع دين من دين » (٣٨) .  
وقد عرفها ابن القيم في (اعلام الموقعين) (٣٩) على أنها « سقوط أحد الدينين بمثلله  
جنسا وصفة » وعرفها أيضا مرشد الحيران في المادة ٢٢٤ بقوله « هي  
استئطاف دين مطلوب لشخص من غيره في مقابلة دين مطلوب من ذلك  
الشخص لغيره » .

#### أنواع المقاصدة :

المقاصدة في الفقه الاسلامي اما جبرية او اتفاقية (٤٠) فالمقاصدة  
الفضائية غير معروفة فيها (٤١) . وقد اوضحت ذلك المادة ٢٢٥ من مرشد  
الحيران بقولها « المقاصدة نوعان جبرية تحصل بذفس العقد واختيارية تحصل  
بتراضي المتدينين » .

(٣٨) خواتم الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه عن  
فيل . الباب الثاني عشر من الكتاب الرابع ، المقاصدة في الدين . ص ٣٢٠ .  
(٣٩) اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر  
المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ ، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف  
محمـد . ج ١ ، دار الجيل ، بيروت ، آخر ص ٣٢١ .

(٤٠) راجع في انواع المقاصدة : محمد سلام محكور ، المقاصدة في الفقه الاسلامي .  
بحث منشور على جزئين في مجلة القانون والاقتصاد . الجزء الأول في مجلد يضم للمصدين  
الأول والثاني ، السنة الثامنة والمضرون مارس ويونيه ١٩٥٨ ، الجزء الثاني للمجلد الرابع  
من نفس المجلة ، السنة الثامنة والمضرون ، ديسمبر ١٩٥٩ م .  
ويجوز أن المقاصدة في الفقه الاسلامي اما جبرية طبقية واما اتفاقية .

وراجع في المقاصدة الجبرية والاتفاقية : المصوط ، شمس الدين المرعشي ، طبيعة  
القضية ، دار المعرفة ، بيروت ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٠٧ .

(٤١) راجع ، محمد سلام محكور ، المرجع السابق . ويقول ابن سلطان القاضي حـو  
لفصل في الفارقات ونوره في المقاصدة الجبرية كلف وليس منشأ . ولا يملك القاضي أن  
ينشئ مقاصدة . فالمقاصدة تبادل لا يملكه الكلبي .

الجزء الثاني من البحث في موقمة كتابنا اشرفنا اليه ، رقم ١٣٠ ، ص ١٢ من البحث  
و ص ١٠٤٦ من مجلة القانون والاقتصاد ) .

وسوف نقصر بحثنا هنا على المقاصة الجبرية دون غيرها . فالفقه الاسلامي قد أسدى غايته في تفصيل أحكامها . أما للتفاصيل بخصوص غيرها فلا يتسع القلم له (الآن) . كذلك فقد كان حرصنا على دراسة هذا النوع من المقاصة وهو أهم أنواعها في هذا الفقه حتى يتحقق الاتساق في دراستنا وعرضنا لموضوع المقاصة بصفة عامة سيما وأن المشرع المدني لم ينظم - على ما ذكرنا - إلا المقاصة القانونية ، أي تلك التي تتم بقوة القانون ، وهي جبرية . ونبحث ماهية المقاصة الجبرية في الفقه الاسلامي وشروطها وأثرها .

## ٣٥٩ - أولا - ماهية المقاصة الجبرية (١) :

المقاصة الجبرية تلك التي تتم بنفسها بمجرد الاتفاق ولا تتوقف على التراضي وتتم بغير اتفاق أو طلب متى توافرت شروطها . فمن ثبت له على غيره مثل ما له عليه من الدين جنساً وصفة وطولاً وقعت المقاصة . وهو المعنى المستفاد عند الحنفية كما جاء به صاحب مرشد الحيران في المادة ٢٢٦ (٢) .

وقال صاحب المغني أيضاً في مسألة من كان له على أحد حق نفعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه ، وجعلته أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به بإذن له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه لأنه لا يجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه لأنه قد يكون للانسان غرض في العين فإن ألتفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي (٣) .

(٤٢) ولجع ، محمد سلام مفكر ، الجزء الأول من بحث المقاصة في الفقه الاسلامي ، مشار إليه من قبل ، رقم ٢٠ ، ص ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ١٦-١٨ ، رقم ٢٢ ، ص ١٩-٢١ .  
(٤٣) ونص المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران كما يلي ، يشترط لحصول المقاصة للجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وطولاً وقوة وصفاً ولا يشترط في المقاصة الاختلافية فإذا كان الدينان من جنسين مختلفين أو متساويتين في الوصف أو مؤجلتين أو أحدهما حالا والاخر مؤجلاً أو أحدهما توريا والاخر ضميماً فلا يلتزمان تقاصاً إلا بتراضي المدينين سواء اتحد سببهما أو اختلف . وفي تعريف المقاصة الجبرية تقول محكمة جرجا التشريعية : تحصل المقاصة بين الدينين المتساويين من تلقاء نفسها وتبرأ بها اللزمة بدون توقف على لادة المدينين وإن اختلفت فلا بد من رضاء صاحب الدين للقوى « قضية رقم ١١١ لسنة ١٩٣٩ »  
جلسة ١٨/٩/١٩٤٠م انظر الحكم : مجلده للقضاء الشرعي في خصمينا علما ، للقاضي أحمد نصر الجندی ، دار الفكر العربي ، مجلد (٩) ، ص ٨٣٦ .

(٤٤) المعنى لابن قدامة ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٢٩ .

راجع أيضاً : ص ٢٣١ ، ص ٢٨٨ ، ص ٣٩٢ .

وجاء في الام للامام الشافعي بخصوص المقاصة الجبرية :

« وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ ، وكان ابن أبى ليلى يقول لا يكون قصاصا إلا أن يتراضينا به فإن كان لاحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا . . . وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان في وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص فإن كانا مختلفين لم يكن قصاصا إلا بتراض ولم يكن التراضي جائزا إلا بما تحل به البيوع » (٤٥) .

والمنعى للواقع كذلك أن الشافعي رحمه الله يرى المقاصة جبرية إذا اتحد الدينان جنسا ووصفا وقدرًا وطولاً . فإن اختلف الدينان لا تقسح المقاصة إلا بالتراضي ولا تكون جبرية وإنما اختيارية إلا أننا نلاحظ فيها أوردناه عنه أنه ذكر ما يراه ابن أبى ليلى من ضرورة التراضي في المقاصة .

ونجد المقاصة الجبرية عند الحنابلة أيضا . ففي بيان حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين قال صاحبنا المنفى والشرح الكبير « فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدا من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تقاسما وتساقطا » (٤٦) .

### ٣٦٠ - ثانيا - شروط المقاصة الجبرية :

لا تقسح هذه المقاصة من تلقاء نفسها إلا بتوافر شروطها وهي كما يلي :

#### ١ - وجود دينين متقابلين :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية وجود دينين متقابلين . وهو ما يعبر عنه في الفقه الاسلامي بتلاقي الدينين على معنى اجتماعهما في حيز واحد (٤٧) .

---

(٤٥) الام ، للامام ابى عبد الله محمد بن الدريس للشافعي ، الجزء للمصباح ، مشار إليه من قبل ، انظر : بلب في الدين ، ص ١٢١ .

(٤٦) المنفى ، للشيخ الامام العلامة موفق الدين ابى محمد عبد الله بن احمد بن محمود ابن تدمار ، ويلى للشرح الكبير على متن المفتح للشيخ الامام شمس الدين ابى للدرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد احمد بن محمد القسبي .

راجع ايضا كشف القناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٥٥٢ .

(٤٧) محمد سلام محكور ، الجزء الاول من بحثه المشار إليه من قبل رقم ٢٦ ص ٢٢ .

ويتحقق ذلك بان يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للأخر  
في نفس الوقت • وعلى كل حال فالشرط واضح فيما ذكرناه من تعاريف لهذا  
النوع من المقاصة •

## ٢ - مسائل الدينين في الحل :

ومحوى الشرط أن يتحد الدينان في الجنس والصفة • ونصت على هذا  
الشرط - كما مر بنا - المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران وأشار صاحبه الى  
ذلك ايضا في المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ •

وعلى ذلك فانه لو اختلف الدينان في الجنس أو للصفة لما وقعت  
المقاصة الجبرية (٤٨) • ويجعل الثقة لاختلاف الدينين في القوة حكم  
اختلافهما في الجنس من حيث كونه مانعا للمقاصة الجبرية •

فقد جاء في الاشياء والنظائر لابن نجيم • للزوج عليها دين وظلت  
النفقة لا تنقح للمقاصة بدين النفقة بلا رضا الزوج بخلاف سائر الديون  
لأن دين النفقة أضعف كالاختلاف الجنس فشابه ما إذا كان أحد الحقين  
جيذا والآخر رديشا • (٤٩) •

## ٣ - استحقاق الدينين للأداء :

اشتترطت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران • لتحاد الدينين ••••• تحولا ،  
حتى تنقح المقاصة الجبرية ••• فان كان الدينان ••• مؤجلين أو أحدهما  
حالا والآخر مؤجلا •• فلا يلتقيان قصاصا الا بتراض المتدينين ••••• (٥٠) •

(٤٨) قارن : ما قاله ابن جزى • لا يخلو أن يتفق جنس الدينين أو يختلفا فان  
اختلفا جازت المقاصة • • راجع ج دولابني الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفتحية •  
الموقع السابق • راجع أيضا عند الحنفية وقد أخذت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران بما في  
حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عديم مشار إليه من قبل • الجزء الخامس ص ٣٦٦ •  
(٤٩) ( الاشياء والنظائر لابن نجيم • مشار إليه من قبل • ص ٣٦٦ •

(٥٠) قارن موقف الحنفية كما جاء في كتشاف القناع بهذا الخصوص • ومن ثبت له  
على غريمه مثل ما له عليه من الدين تحدا وصلة حالا أو مؤجلا فجلا ولحد • لا حالا ومؤجلا  
تسقطا • • راجع كتشاف القناع للبهوتي الجزء الثالث • مشار إليه من قبل •  
ص ٣٦٠ • وهو نفس ما نقلناه عن المفتي من قبل وأوردناه ونحن نظهر وجود المقاصة الجبرية  
عند الحنفية ••

#### ٤ - ألا يترتب عليها أي ضرر :

لا تنح المقاصة الجبرية إذا كان يترتب عليها ضرر . من ذلك عند الحنابلة ، ما جاء في كشف القناع (٣١) : « لو تعلق بأحد الدينين حق كما لو باع الراهن ، لتوفية المرتهن فمن له عليه حق مثل الثمن الذي باعه به فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن به . » وكما لو بيع بعض مال الفليس على بعض غرمائه بثمن في الذمة بجنس ماله على الفليس فلا مقاصة لتعلق حق باقي الغرماء بذلك ، ومن عليها دين من جنس ولجب نفقتها لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها لأن قضاء الدين بها فضل عن النفقة ونحوها . »

وكما يبين لنا من النص الفتوى ، فإن المقاصة تحدث ضررا ومن ثم لا تقع لو تعلق بأحد الدينين حق . ومن أمثلة ذلك أن يقوم الراهن ببيع الرهن لدائن آخر له ليس مرتبها حتى يوفي للمرتهن دينه من الثمن . وقد صار المشتري مدينا بالثمن للراهن وهو في الأصل دائن له ، فإن المقاصة لا تقع بين دينه بالثمن للراهن والدين الذي في ذمة الراهن له ، وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرازا بحق المرتهن . ومن أمثلة ذلك أيضا أن يقوم الفليس ببيع بعض ماله على بعض غرمائه . فالمشتري من الغرماء وقد صار مدينا بالثمن للفليس وهو في الأصل دائن له ، فإن المقاصة لا تقع بين الدين بالثمن للفليس والدين الذي في ذمة الأخير له ولو كانا متماثلين . وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرازا بحق الباقي من الغرماء . ومن أمثلة ذلك أيضا عدم وقوع المقاصة بين ما في ذمة المرأة من دين وما في ذمة صاحبها من دين نفقتها لأن قضاء الدين يكون مما فضل عن النفقة . فتقديم النفقة على قضاء الدين يكون دفعا للضرر .

#### ٥ - ألا يترتب عليها مظلور ديني (٣٢) :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية ألا يترتب عليها مظلور . ومثال ذلك ما أورده صاحب كشف القناع في هذا الخصوص (٣٢) حين قال « إذا كانا ( أي الدينان ) أو كان أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا لأنه تصرف في دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح » .

- 
- (٥١) راجع ، كشف القناع للبهوتي ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق .
- (٥٢) راجع في هذا الشرط ، محمد سلام حكور ، الجزء الأول من بحثه عن المقاصة في الفقه الإسلامي ، مشار إليه من قبل ، رقم ١١٠ ، ص ٨٥ .
- (٥٣) راجع كشف القناع للبهوتي ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق .

ويلاحظ بعد كل ما تقدم ، أن شروط القاصة القانونية تلتقي في مجموعها مع شروط القاصة للجبرية في بلقه الاسلامى .

### ٣٦١ - حالات منع فيها الفقه الاسلامى وقسوع القاصة الجبرية استثناء :

إذا كان الأصل هو وقسوع القاصة الجبرية بمجرد توافر شروطها السابقة ، فالقه الاسلامى منع - وعلى سبيل الاستثناء - وقوعها في الحالات الآتية :

١ - لو كان للمودع لديه دين في ذمة المودع فلا تقع القاصة الجبرية بين الدينين دين المودع لديه ويتمثل في التزامه بالرد ودين المودع قبل المودع لديه (٥٤) .

٢ - لا تقع القاصة الجبرية أيضا بين المال المنصوب من جهة - والخاصب يلتزم برده - وما للخاصب في ذمة المنصوب منه من جهة أخرى (٥٥) .

ويلاحظ أن القانون المحنى قد استثنى الحالتين السابقتين أيضا من وقسوع القاصة القانونية ولو توافرت شروطها وذلك في المادة ١/٤٢٧ ، ب معنى كويتى ، ١/٣٦٤ ، ب معنى مصرى كما عرضنا لهما من قبل .

---

(٥٤) راجع الاشياء والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه فيما سبق ، الموقع السابق . ونصت على هذه الحالة الاستثنائية أيضا المادة ٢٢٨ من مشد الجبران ونصها كالآتي : « إذا كان المستودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد فلا تصير تصاصا بالدين الا إذا اجتمعا وتقلصا ... » .

(٥٥) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق . ونصت على هذه الحالة المادة ٢٢٩ من مشد الجبران « إذا كان للخاصب دين على صاحب المين المنصوبة من جنسها فلا تصير المين تصاصا في دينه الا إذا تقلصا ..... » راجع أيضا : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإحصار مشار إليها من قبل ، الجزء الخامس ، الموقع السابق - وهو ما قال به صاحب كشف القناع من الحاشية . حيث يتسلط الدينان بفعل القاصة أن « لتقفا قورا أو بقدر الأقل منهما إذا كان أحد الدينين أكثر من الآخر ، .. راجع كشف القناع للتشيخ البهوتي ، مشار إليه من قبل الموقع السابق .



### ٣٦٢ - ثالثا - أثر القاصة الجبرية :

يقترب على القاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما . وقد اوضحت هذا الأثر المادة ٢٢٧ من مرشد الحيران بقولها : انما تقع القاصة بقدر الأقل من الدينين ٠٠٠٠ ، وعلى ذلك ينقضى بها للدين الأقل كليا وما يقابله من الدين الأكبر الذى ينقضى جزئيا ، كما هو واضح ، فان أثر القاصة القانونية في القانون المعنى كما عرضنا له في المادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتي ، ٣٦٥ مدنى مصرى لا يختلف عن اثر القاصة للجبرية في الفقه الاسلامى .

## المطلب الثاني

### للوفاء بمقابل في الفقه الاسلامي

٣٦٣ - عرف الفقه الاسلامي الوفاء بمقابل باعتباره سببا ينقضي به الالتزام . والوفاء بمقابل في هذا الفقه يعني - كما سنرى عند بيان تطبيقاته فيه - رضا الدائن في استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق له أصلا . وهو المعنى الذي اخذت به المادة ٤١٤ من القانون المدني الكويتي ( م ٣٥٠ مدني مصري ) .

وقد عبر الفقه الاسلامي عن الوفاء بمقابل بتعبير الاستبدال ومنه الشافعية فقد جاء في الاشباه والنظائر للسيوطي انه : لا يصح بيع الدين بالدين قطعا . واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال ، (٥٦) . فالاستبدال على هذا النحو ، وهو بيع دين لمن هو عليه ينبنى على أن الدين يستبدل به عوض آخر (٥٧) . وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل . وهذا الاستبدال قد يكون صلحا وبه يتحدد تطبيق من تطبيقات الوفاء بمقابل في الفقه الاسلامي وذهب الى ذلك المالكية . فقد قال ابن جزى المالكي ، الصلح على نوعين الثاني منهما : صلح على عوض فهذا يجوز الا أن ادى الى حرام وحكمه حكم للبيع سواء كان في عين أو دين فيقصر المدعي به ، (٥٨) .

وعند الحنفية ، نجد الاستبدال عبارة عن صلح أيضا فلو كان المدعي به عينا معينة دارا أو أرضا أو عرضا وأقر المدعي عليه بها للمدعي وصالحه عنهما بنقود معلومة أو بمقتضى معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع ( م ١٠٣٠ من مرشد الحيران ) .

(٥٦) الاشباه والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣٠ .

(٥٧) مع ملاحظة انه لا يجوز الاستبدال في السلم . راجع في هذا الخصوص .

الاشباه والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ .

(٥٨) قوانين الأحكام الفقهية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ،

وعند الاحتالة نجد أيضاً أن «الصلح عن الحق المقربه على غير جنسه معاوضة يصح بلفظ للصلح» فالصلح عن نقد نقد صرف وعن نقد يعرض أو عن عرض بنقد أو عن عرض يعرض ببيع أو عن عرض أو نقد بمفظة أو تجارة فيشترط لصحته ما يشترط لصحة هذه العقود ٥٥٠ (م) ١٦٢٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) ونصت المادة ١٦٢٨ من هذه المجلة أيضاً على أنه «يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقاً» وبشيء في الذمة أيضاً كان يصلحه عن دينار في ذمته بأربع من قصح أو نحوه في الذمة» لكن يشترط القبض قبل التفرق» (٣١).

وبين لنا من كل ما تقدم أن الصلح لدى الجمهور في الفقه الاسلامي يند في جوهره استبدالا ويمثل بمضمونه وفاء بمقابل. فالصلح وهو معاهدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين (١) أو وهو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما (٢) يؤدي الى نتيجة هي : أن الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان للنزاع على عقار مثلاً أقر المدعى عليه به للمدعى به وصلحه عنه بنقد ملومة كان معنى ذلك أن الدائن باستحقاق العقار قد رضى في استيفاء حقه هذا بشيء آخر غير المستحق أصلاً وهذا هو الوفاء بمقابل. ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامي يجرى على هذه الحالة حكم البيع - وخاصة من حيث شروط الصحة - وهذا واضح عند المالكية والحنفية والحنابلة على ما قلنا. ويقترب منه في ذلك القانون المدني وقد طبق على الوفاء بمقابل وفي انتاجه لآثاره على وجه الخصوص أحكام البيع في المادة ٤١٥ منى الكويتي (م) ٣٥١ منى مصري).

(٥٩) يلاحظ ما نصت عليه المادة ١٦٢٧ من نفس المجلة من أنه «لا يصح الصلح عن حق بجنسه إذا كان أكثر منه .....» راجع أيضاً المادة ١٦٢٠ من المجلة المذكورة أيضاً.

ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية : إذا اصطاح شخص مع آخر عن دين بدين أقل منه من جنسه لم يصح الصلح لامين :

١ - أن ذلك بيع دين بدين .

٢ - الربا . راجع في هذا للتطبيق : تعميم سماحة رئيس القضاء رقم ٣١٧ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٢ . مجموعة الاقضية والالواح والتطبيقات ، وزورة المحل . فهرس اعم التمايم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاء ، ص ٩٤ .

(٦٠) راجع نص المادة ١٦١٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل في تعريفها للصلح .

(٦١) راجع نص المادة ١٠٣٦ من مرشد الحيران في تعريفها للصلح .

٣٦٤ - ويمكن أن نضيف أيضا ما نستمد انه من تطبيقات الوفاء بمقابل في نصوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص القرض بصفة خاصة . وجاء بها انه لا يصح اشتراط المقرض رد مال القرض بعينه ، ( م . ٧٤٦ ) . وجاء أيضا ، لا يلزم المقرض رد عين مال القرض ولو كان باقيا ، ( م . ٧٤٨ ) . وجاء أيضا انه يجوز للمقرض ، ان يقضى خيرا مما اخذ او دونه برضاها ولو بزيادة او نقص في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مواطاة . مثلا لو اقترضه زيوفا أو مالا فقصاه جيدا أو زلده عما أخذ أو بمكس ذلك من غير اتفاق سابق جاز وحل للمقرض ، ( م . ٧٥٣ ) . والمعنى الواضح لكل ذلك ان الحين أي المقرض ، هو ملتزم بالوفاء ورد القرض ليس ملزما ان يرد مال القرض بعينه بل يمكن ان يؤدي عوضا آخر يسمى بدل القرض بشرط التراضي . وبجل القرض على حد قول المادة ٧٢٥ من المجلة المذكورة ، هو المال الذي يرده المقرض الى المقرض عوضا عن القرض ، . خلاصة ذلك ان للدائن المقرض قد رضى في استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق أصلا . وهذا هو الوفاء بمقابل .

## المطلب الثالث

### اتحاد الذمة في الفقه الاسلامي

٣٦٥ - اتحاد الذمة ، ويعني لاجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لنفس الدين ، معروف في الفقه الاسلامي كسبب ينقضي به الالتزام . وتدل على ذلك بتطبيقات مضرتها بعض كتب هذا الفقه

#### ٣٦٦ - واول هذه التطبيقات جاء في كتب المالكية :

ورد في مؤلفين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي (١) :

« اذا كان على أحد الورثة دين للمتوفى جمع مع سائر التركة وقسم المجموع على الفريضة . فان صار للمدين من التركة مثل دينه استقطت سهمه ودينه وقسمت باقي التركة على سائر الورثة ، وان صار له أكثر من دينه أخذ الزائد من التركة وقسمت للباقي على سائر الورثة وان صار له أقل من دينه استقطت ما صار من دينه وتبعه سائر الورثة بالباقي على محاصتهم فيقسمون المال الحاضر على سهامهم دونه » .

واذا أمعنا النظر في هذا النص الفقهي ، وجعنا اتحاد الذمة - ويعني لاجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لنفس الدين - وقد تحقق بالمراث في حالة وفاة الدائن ووراثته من المدين حيث تجتمع في الأخير صفتا الدائن والمدين وتفصل الأمر حسبما جاء به النص المشار اليه في فروعين على النحو التالي :

#### للفرع الأول - اذا تعدد الورثة وكان المدين واحدا منهم :

هناك احتمالات ثلاثة :

١ - وفيه تكون قيمة الدين على المدين للورث اكبر من حصته في التركة فتبته بينفض دينه بالقدر الذي اتصلت فيه الذمة . وانتضاء الدين يكون جزئيا ويرجع عليه للورثة بالجزء الباقي .

---

(١) مؤلفين الأحكام الشرعية وسائل الفروع الفتية لابن جزي . - شار اليه من

٢ - وفيه يكون قيمة الدين على المدين الوارث أقل من حصته في التركة قيمة • وينتضى دينه بالقدر الذى تبحث فيه للذمة • ومن ثم انقضاء الدين يكون كلياً • ويأخذ ما تبقى من تركته زائداً بمقدار مستقوط الدين •

٣ - وفيه تكون قيمة الدين على المدين الوارث مساوية لخصته في التركة قيمة • حيث ينتضى الدين بالقدر الذى تبحث فيه للذمة وعلى ذلك فالانقضاء كلي •

### الفرض الثانى : ان يكون المدين وارثاً وحيداً :

لا نشور في هذا للفرض الاحتمالات التى ذكرناها في الفرض السابق • فالوارث اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين • فقد آل اليه حق مورثه - الذى كان في ذمته قبيل الوفاة - تركه وهو الوارث الوحيد • وذلك بغض النظر عن قيمة الدين وبغض النظر ايضاً عما اذا كان الدائن المتوفى قد ترك اموالاً اخرى الى جانب حقه في ذمة مورثه ايا كانت قيمتها • ففي كل هذه الاحوال وما يتفرع عنها من احتمالات لا يحقل ان يطالب للوارث نفسه •

ويندو لنا ان الشافعية يتفقون مع المالكية فيما سبق • جاء في الاتشاء والنظائر للسيوطي • وافتي السبكي ••••• والف في ذلك كتابا سماه ( منية الباحث عن دين الوارث ) ولخصه في فتاويه فقال :

• يسقط من دين الوارث ما يلزمه اداؤه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبي ، وهو نسبة ارثه من الدين ، ان لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم للورثة اداؤه منه ان زاد ويرجع على بقية الورثة ببقيته ما يجب اداؤه منه على قدر حصصهم وقد يقضى الأمر الى التقاص اذا كان الدين لوارثين ، فلذا كان للوارث حائزاً أولاً ديناً لغيره ودينه مساو للتركة أو أقل سقط وأن زاد سقط مقدارها ويبقى للزائد ••••• (١٢) •

٣٦٧ - ومن التطبيقات ايضاً ما جاء في كتب الحنفية بخصوص الكفالة والحالة •

### وعن الكفالة (١٣) :

ذكرت المسألة ٨٧٣ من مرشد الحيران أنه اذا ملت للدائن المكفول دينه وانحصر ميراثه في المديون برى كفيلاً من الكفالة ••••• •

(١٢) الاتشاء والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل • ص ٢٢٢ •

(١٣) جاء ذلك في الفصل الخاص بالابراء من كفالة المال في مرشد الحيران •

ومفهوم ذلك أن براءة الكفيل وهو الفرع تتبع براءة الأصل وهو الدين وبرائة المدين ترجع إلى انقضاء دينه باتحاد الذمة . اذ هو الوارث الوحيد للدائن وتجتمع فيه صفتا للدائن والمدين . فقد ملك ما في ذمته (٦٥) .

أما لو كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط وجاء هذا الحكم في نهاية المادة السابقة لمُرشد الحيران (٦٦) .

### وعن الحوالة :

نصت المادة ٩٠٩ من مَرشَد الحيران في صدرها على أنه : إذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه . . . . .

ومعنى ذلك أنه بوفاة المحتال والمحتال عليه هو وارثه الوحيد ، فإن الدين ينقضى كلياً بالنسبة للآخر باتحاد الذمة . أما إذا كان للمحتال وارث آخر فلا ينقضى الدين بالنسبة للمحتال عليه إلا بالتعدد الذي لتحقت فيه الذمة ، أي بحدود حصته في الميراث ومن ثم فلا انقضاء هنا يمكن أن يكون جزئياً إذا تصورنا أن قيمة الدين أكبر من حصة المحتال عليه الوارث قيمة : وانقضاء دين المحتال عليه بقدر حصته إذا كان هناك وارث آخر للمحتال جاء في نهاية المادة المذكورة من مَرشَد الحيران . وقد اجعلت الأحكام السابقة بخصوص الحوالة المادة ٧٠٠ من مجلة الأحكام المطبوعة إذ قالت : لو توفى الحال له وكان وارثه الحال عليه لا يبقى حكم الحوالة (٦٧) .

### ٣٦٨ - تطبيقات أخرى لاتحاد الذمة في الفقه الإسلامي :

ما جاء بخصوص فسخ الاجارة اذا تملك المستاجر العين المؤجرة . وفي هذا نصت المادة ٤٤٢ من مجلة الأحكام المطبوعة على ما يأتي :

« لو ملك المستاجر عين المأجور بآرت أو هبة يزول حكم الاجارة » .

ومعنى ذلك أن الاجارة تنفسخ في الفقه الحنفي أو تملك المستاجر عين المأجور . وطلة ذلك ترجع إلى اتحاد الذمة . فقد اجتمعت في شخص

(٦٥) راجع الحكم المائل في المادة ٦٦٧ من مجلة الاحكام الخلية وشرح سليم رستم باز ص ٣٦٧ - ٣٦٨ - شرح المجلة . مشار إليه من قبل .

(٦٦) راجع حكم مسائل في المادة ٦٦٧ من مجلة الاحكام المطبوعة . وشرح سليم رستم باز ص ٣٦٨ شرح المجلة : مشار إليه من قبل .

(٦٧) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة . مشار إليه من قبل . ص ٢٨٢ .

ولاحد صفتا المؤجر والمستاجر . وينطبق ذلك سواء كان انتقال الملك للمستاجر بالارث أو الهبة وينطبق أيضا ولو كان الملك انتقل للمستاجر بالشراء (٢٨) .

وعلى ما يبدو ، فقد أخذ للخصالة - في رأى لهم - بالحكم السابق أيضا فقد جاء في القواعد لابن رجب ما يأتي : « لو اشترى المستاجر العين المستأجرة من مؤجرها ففي انقضاء الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب . وربما حكى روايتان » ( أحدهما ) ينفسخ لانه ملك الرقبة فيبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته . « والثاني » لا ينفسخ وهو الصحيح . . . » (٢٩) والظاهر ان مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل قد أخذت بالقول الثاني وعدم انفساخ الاجارة فقد نصت المادة ٥٥٧ من هذه المجلة على ما يأتي : « لا تنفسخ الاجارة بانتقال المأجور من ملك للمؤجر مطلقا سواء كان الانتقال بفعل المؤجر أم لا ، وسواء الانتقال للملك المستاجر أو غيره فلا تنفسخ ببيع المؤجر العين ولا بهبته ، ولا بوقفه ، ولا بانتقالها من ملكه بآرث أو وصية أو نكاح أو خلع أو صلح أو نحوه . » . ويتضح لنا من كل ما تقدم ، أن اتحاد اللزمة الذي تكلم عنه المشرع

الحديث في المادة ٤٣٣ من القانون المدني الكويتي والمادة ٣٧٠ من مصرية لا يختلف في طبيعته وكيفية تحققه عن اتحاد اللزمة كما عرفه الفقه الاسلامي ، بل اننا لا نتردد في القول بأن القانون قد أخذ احكام انقضاء الالتزام باتحاد اللزمة عن الفقه الاسلامي .

(٢٨) راجع سليم رستم بك ، شرح المجلة ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٤٩ .

(٢٩) قواعد في الفقه الاسلامي ، لابن رجب الجنبلي ، مشار إليه من قبل ، قاعدة

الخصلة والثلاثون ، ص ٤٣ .



## المطلب الرابع التجديد والانابة في الفقه الاسلامي

٣٦٩ - مبدأ التجديد :

ان لنقض الالتزام بالتجديد ليس غريبا عن الفقه الاسلامي . وليس  
أدل على ذلك مما جاء به مرشد الحيران وقد خصص فصلا في تجديد  
الدين .  
»

ونصت المادة ٢٥٠ منه وهي اول نص في هذا الفصل على ما يأتي :

« يجوز فسخ عقد الدائنة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي  
للتدائنين » .

ومفاد النص انه يجوز بتراضي الطرفين لحلال دين جديد محل آخر  
قديم يختلف عنه . وهذا هو التجديد في القانون المدني باعتباره سببا  
لانقضاء الالتزام على ما فصلنا من قبل .

ومثال التجديد في الفقه الاسلامي ، ان يكون زيد مدينا لبكر بمائة  
أرباب من القمح فيتفقان على ان يلتزم المدين بشمير تساوي قيمته قيمة القمح  
بدلا منه وكان يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ نقدي اجرة منزل استأجره زيد مملوك  
لبكر فيتفق معه على ان يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض (٢٠) .

٣٧٠ - تطبيقات التجديد :

ومن تطبيقات التجديد في الفقه الاسلامي ما جاء في المذهب الحنفي  
ونصت عليه المادة ١٧٦ من مجلة الأحكام المدنية من انه اذا تكرر عقد البيع  
بتعديل للثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني فلو تباع رجلان مالا  
مطوبا بمائة غرش ثم بعد انعقاد البيع تباعا على ذلك المال بذهب من ذوات  
المائة أو بمائة وعشرة أو بتسعين غرشا يعتبر للنقد الثاني (٢١) . ففي هذا  
الفرض ينفسخ العقد الأول والعبرة بالعقد الثاني .

(٢٠) راجع : سعد إبراهيم بك ، الالتزامات في الفقه الاسلامي ، ص ٢٢٦ .

(٢١) راجع : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٨١ . ويقول

ان المراد بتعديل الثمن تبديل جنسه .

وتقريب من ذلك ما هو معروف لدى الحنابلة ونصت عليه المادة ٣٧١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه « لو عقدا بيمين سرا ثم عقده في مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بكثير أو أقل فاللزم هو الثاني » (٧٢).

#### ٣٧١ - آثار التجديد :

وعن آثار التجديد في الفقه الإسلامي فقد حصرها صاحب مرشد الحيران في المادتين ٢٥٦ ، ٢٥٧ فالنص الأول أبرز للتجديد أثرين أحدهما مسقط والآخر منقضي وجاء به : « إذا فسخ عقد الدائنة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط للدين الواجب بالمقد الأول وترتب على الدين دين جديد بالمقد الثاني » .

وعلى هذا النحو ، فإن سقوط الالتزام القديم يجسد الأثر المسقط للتجديد ، أما نشؤ الالتزام الجديد فيمثل الأثر المنقضي . وقد تناولنا الأثرين في القانون المدني ونصت عليهما المادة ٢١٩ من القانون المدني الكويتي ( م ١ / ٢٥٦ ماضي مصري ) .

وتقرن هذه الآثار ، مسألة انتقال التامينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين القديم الى الدين الجديد . فقد ذكر النص الثاني من مرشد الحيران أعني نص المادة ٢٥٢ أنه « إذا كان الدين الأول مكتولاً وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة وبرئ الكفيل فلا يطالب بالتأمين الحاصل بالمقد الجديد إلا أن جددت الكفالة » .

ومفهوم النص أن التامينات الشخصية مثل الكفالة يشلها الأثر المسقط للتجديد . أي أنها تسقط تبعاً لسقوط الدين القديم . ولا تنتقل لتضمن الدين الجديد إلا إذا تم تجديدها . وواضح أن المادة ٢٢١ من القانون المدني الكويتي قد أخذت بهذا الحكم .

#### ٣٧٨ - الإجابة :

يؤي للملحة السخوري أنه الإجابة في إيواء وخاصة الإجابة القاصرة تتضمنها حوالة الدين في الفقه الإسلامي . فمن المقرر في هذا الفقه ، أن

---

(٧٢) راجع أيضاً نص المادة ٣٦٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص اعتبار الزيادة والنقص في الدين والمبيع في مدة خيار المجلس أو الشرط والاحتيا بالاصل فيصير الدين والمبيع ما توافيا عليه لهما .

الدين ينتقل بالحوالة كما سنرى فيما بعد . ويكاد يجمع الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه على أن الأثر الجوهري لحوالة الدين يتمثل في انتقال الدين والمطالبة به إلى ذمة المحال عليه . إلا نفر من الأحناف ذهب إلى غير ذلك . فقال زفر أنه لا يترتب على الحوالة لانتقال الدين ولا المطالبة به . أما محمد فيرى أن لذى ينتقل بالحوالة ، ليس الدين ، وإنما المطالبة به (٧٣) . وهو يرى أن الدائن يرجع على المحال عليه أولاً لأن المطالبة انتقلت ولم تسبق عند المدين . فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على الدين الأصلي ، إذ تعود المطالبة بالقوى إلى الدين لتتضمن إلى الدين كما كانت . ويقول للصلاة السنهورى : لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هي ضرب من الانابة القاصرة ، ينبى فيها المدين المحال عليه في الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة إليه فيرجع الدائن ( الخاب ) مناً ايضاً على المحال عليه ( الخاب عليه ) أولاً ، فان توى الدين عنده رجح على الدين ( المنيب ) (٧٤) .

(٧٣) ولجع فيما بعد ، حوالة الدين في الفقه الاسلامي . آثارها .

(٧٤) للسنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢٨ ، حاشى رقم (٢) .

## الفصل الثالث

### انقضاء الالتزام دون وفاة

٣٦٩ - تقسيم :

ينقضى الالتزام دون وفاة في القانون المدني والفقه الاسلامي بمدة طرق  
من الابراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن ( انقضاء ) .  
ونتكلم عن هذه الطرق في القانون في مباحث ثلاثة : ونخصص المبحث  
الرابع لدراسة هذه الطرق في الفقه الاسلامي .

## البحث الأول

### الإبراء

#### LA REMISSE DE DETTE

٣٨٠ - تعريف :

يمكننا تعريف الإبراء بأن عبارة عن فزول الدائن عن حقه قبل الدين دون مقابل يتقاضاه منه أو من غيره .

٣٨١ - خصائص الإبراء :

١ - فالإبراء تصرف قانوني يتم بالإرادة المتفردة وهي إرادة الدائن إذ لا دور لرضاء الدين في وجوده . وإذا كان رضا الدين ليس شرطا فيه على هذا النحو ، فيجب أن يلاحظ أن الإبراء لا يرتب آثاره إلا إذا اتصل بعلم الدين ونصت على ذلك المادة ١/٤٣٥ من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٧١ مدني مصري ) .

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> يرى في الإبراء عقدا أو اتفاقا ، يتم بتبادل التمييز عن إرادتي الدائن والدين . فالإرادة الواحدة لا تكفي .

٢ - يمسد الإبراء من أعمال التبذع ، ولا يكتن الا كذلك ومن ثم يخضع للقواعد الموضوعية التي تحكم التبذعات من حيث توافق أهلية للتبذع في جانب التبذع على وجه الخصوص ، ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من القانون المدني الكويتي ( م . ٣٧٤ / ١ مدني مصري ) .

ويرى بعض الشراح في فرنسا أن الإبراء يمكن أن يكون تبرعا أو بمقابل<sup>(٢)</sup> . ويلاحظ أن وجود المقابل يجعل الأمر من قبيل التجديد أو للوفاء

(1) CARBONNIER : op. cit., n. 137, p. 538.

• راجع في ذلك

MARTY et RANYAUD : op. cit., n. 847, p. 853.

MAZEAUD : op. cit., n. 1185, p. 1102.

SAVA TIER : op. cit., n. 321, p. 388.

(2) CARBONNIER : op. cit.

• راجع في ذلك

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 848, p. 853-854.

بمقابل . وهذا رأى الأستاذة مازو الذى لا يكون الإبراء فى نظرهم إلا تبرعاً (٣) .

٣ - لا يخضع الإبراء لأى شرط شكلى ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من القانون المحلى الكويتى ( م ٢ / ٣٧٢ مضى مصرى ) بقولها : « لا يشترط فيه ( الإبراء ) أى شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه تولف شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » .

#### ٣٨٢ - آثار الإبراء :

يترتب على الإبراء انقضاء الدين أو الالتزام ولكن يلاحظ أن الإبراء لا ينتج أثره المرجو إلا إذا اتصل بعلم الدين كما ذكرنا .

والدين إذ يسقط بالإبراء ، يسقط معه ما كان يضمه من تأمينات وما كان يرد عليه من جفوع . وتجدر الإشارة إلى أن الإبراء يرتد بحد الدين كما ذكرنا .

أى أن للمدين رفض الإبراء وفى هذه الحالة لا يترتب أثره . فإذا رده المدين ، ترتب على ذلك إعادة الالتزام بما كان يضمه من تأمينات وما كان يرد عليه من جفوع . ونصت على هذا للحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من القانون المحلى الكويتى . ويلاحظ أن القانون المحلى المصرى وإن تكلم عن الرد فى المادة ٣٧١ إلا أنه لم يتناول صراحة آثاره كما فعل نظيره الكويتى على النحو المتقدم .

#### ٣٨٣ - الإبراء فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فى المعاملات المالية :

تناول المشروع الإبراء باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام ، ونصت المادة ٣٦١ منه على ما يأتى « ينقضى الالتزام إذا أبرأ للدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد بوجه » .

(3) MAZEAUD : op. cit.,

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ من القانون المدني الكويتي .

كما نصت المادة ٣٦٢ من المشروع على ما يأتي :

- ١ - تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع .
- ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٣٦ من القانون المدني للكويتي .

## البحث الثاني

### استحالة التنفيذ

Impossibilité d'exécution

٣٨٤ - يقضى الالتزام اذا استحال على المدين الوفاء به بسبب اجنبى لا يد له فيه ( م ٤٣٧ مدنى كويتى - ٣٧٣ مدنى مصرى ) . وحتى ينقضى الالتزام على هذا النحو ، ينبغى توافر الشروط الآتية :

١ - ان يكون الوفاء بالالتزام مستحيلا وليس مرقعا :

فالالتزام ينقضى - على حد تعبير النص - اذا استحال على المدين الوفاء به ، فلو كان الوفاء بالالتزام أى تنفيذه امرا ممكنا لكنه مرقع للمدين فان الالتزام لا ينقضى .

٢ - ان تكون الاستحالة دائمة وليست مؤقتة :

فلو كانت مؤقتة ترتب عليها وقف التنفيذ وبصورة مؤقتة ايضا . ومن ثم فالالتزام لا ينقضى بها . وبدعى فان الاستحالة الدائمة التى ينقضى بها الالتزام ، هى التى تطرا بعد نشوئه . اذ لا يتصور نشوء الالتزام وهناك استحالة سابقة على نشوئه .

٣ - ان تكون الاستحالة بسبب اجنبى لا يد للمدين فيه :

ومثال السبب الاجنبى : القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وخطأ الدائن وخطأ الغير بشرط الا يكون ضمن الغير الذى يسال عنه هذا المدين .

٣٨٥ - ولكن يلاحظ ان هناك حالات لا ينقضى فيها الالتزام على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب اجنبى وهى حالات يكون المدين فيها قد ارتكب خطأ قبل استحالة للتنفيذ هذه . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٨٧ من القانون الكويتى ( م ١/٢٠٧ مدنى مصرى ) . من انه « اذا للقرم المدين ان يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد اعذاره ، كان هلاك الشئ عليه ولو كان هلاكه قبل الاعذار على الدائن » .



والمعنى الواضح لذلك أنه إذا استحال على الدين تنفيذ التزامه بسبب  
أجنبي كما لو هلك الشيء لهذا السبب ، وكان قد ارتكب خطأ يتمثل في  
أن الدائن قد أعجزه قبل ذلك بالتسليم ولم يتم به ، فإن الالتزام لا يسقط .  
• صحيح أن تنفيذه عينا قد غدا غير ممكن ، لكن يلتزم الدين بالتعويض .  
• ذلك أن استحالة التنفيذ تظل - ولئن كانت بسبب أجنبي - معزوة إلى الدين .  
• وعلة ذلك أنه قد ارتكب خطأ يتمثل في عدم قيامه بالتسليم رغم الاعتذار .

٣٨٦ - يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي بتوافر  
الشروط السابقة ، انقضاء هذا الالتزام ، بحيث تبرأ ذمة الدين منه ، وفي نفس  
الوقت لا يمكن أن يلتزم بتعويض وهذا هو الأصل .

ويترتب على انقضاء الالتزام أن تنقضى معه التامينات التي كانت تضمنه  
وقد تضمنت الأثر السابق لاستحالة التنفيذ المادة ٤٣٧ من القانون المدني  
الكويتي ( م ٣٧٣ معنى مصري ) .

٣٨٧ - استحالة التنفيذ في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في  
العمليات المالية :

نصت المادة ٣٦٣ من المشروع على انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ  
أذ قالت : « ينقضى الالتزام إذا أثبت الدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه  
لسبب أجنبي لا يدره فيه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري الحالي ،  
كما تطابق المادة ٤٣٧ من القانون المدني الكويتي .

## المبحث الثالث

### مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

٣٨٨ - تمهيد وتقسيم :

أخذت غالبية التقنينات المدنية ، لا سيما العربية منها ، بفكرة التقادم المنسقط للحق باعتباره سببا لانقضاء الالتزام . وتتميز هذه الفكرة انقضاء حق لم يطالب به صاحبه مدة معينة مع ملاحظة أن المقصود هو الحق الشخصي . وتنبئ هذه الفكرة على اعتبارات عملية حاصلها احترام الأوضاع المستقرة لحماية للثقة المشروعة في التعامل<sup>(١)</sup> .

وقد رتأى المشرع المدني الكويتي أن فكرة التقادم وما تنبئ عليه من اعتبارات - هي عملية فحسب تتجاهل اعتبارات أخلاقية وأخلاقية ينبغي أن تسود التعامل . وأثر نهج للفقه الإسلامي في هذا المجال ، اقتداء بالقانون المدني العراقي الذي سبقه إلى ذلك . وهو ما أخذ به مشروع القانون المدني الجديد في مصر ، على خلاف القانون المدني المصري الحالي .

والسائد في الفقه الإسلامي أن الحق لا ينقضي ولا يسقط بتقادم الزمان ، ولكن يترتب على مرور الزمان مدة معينة منسقط سماع الدعوى بالحق إذا الحق في الفقه الإسلامي لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تمردا ففته بالاسنيفاء أو الإبراء . ومرور الزمن ( التقادم ) يؤثر في منع سماع الدعوى إذا كان المدعى عليه منكرا لهذا الحق<sup>(٢)</sup> .

والامر على هذا النحو من قبيل الاستحسان ووجهه منع التزوير والحيل لأن ترك الدعوى مع التمكن من قيامها يدل على عدم وجود الحق

(١) راجع السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٩١ ، ص ٩٩٤ وما بعدها

التقادم المنسقط والاعتبارات التي يقوم عليها .

(٥) أحمد إبراهيم بك ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ٢٢٧ .

ظاهراً حتى اذ انتفتت العلة وجب سماع الدعوى مهما طاللت مدة تركها فمنع سماع الدعوى بالحق لا ينبغي على بطلانه وانما هو مجرد منع القاضى من سماعها مع بقاء للحق لصاحبه حتى لو اقر به الخصم لزمه ، ومنع القاضى من سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضاؤه بالزمان والمكان والخصومة<sup>(١)</sup> .

وسوف نبحث الموضوع من خلال نصوص التقنين المدني الكويتي في النقاط التالية ونخصص لكل منها مطلباً .

أولاً : المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

ثانياً : وقف وانقطاع مدة عدم سماع الدعوى .

ثالثاً : آثار مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٢٠٦ .

## المطلب الأول

### المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٣٨٩ - حدد المشرع المدني الكويتي المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى - كأصل عام - بخمس عشرة سنة \* إلا أنه قد وجد أن عادات الناس راعاهاهم جرت بالنسبة لأنواع معينة من الحقوق الشخصية على مبادرة أصحابها باستيفائها ، وعدم قصود المزمعين بها طويلا دون انقضاء بها وذلك بالنظر الى ما لهذه الحقوق من طبيعة خاصة \* ولذا فإنه لم يلتزم - استثناء - بشأن تلك الطائفة من الحقوق بالمدة المقررة لمنع سماع الدعوى المعينة - كأصل عام - بخمس عشرة سنة بل جمل مناط عدم سماع الدعوى بالنسبة بكل نوع منها مدة أقل من ذلك تناسب مجريات التعامل فيها والمألوف في الوفاء بها مع مراعاة ظروف من يقع عليهم الالتزام بكل منها \* وسوف نتناول الأصل العام وما عليه من استثناءات \*

#### ٣٩٠ - الأصل العام في شأن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

وضح المشرع المدني الكويتي الأصل العام بشأن ائدة المقررة لعدم سماع الدعوى وضمنه نص المادة ٤٣٨ ويقضى بأنه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية » \*

والمدنى الواضح للنص أنه بمرور خمس عشرة سنة لا يسمع للقاضي عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية وهذا هو الأصل العام (٧) \* إلا أن المشرع بعد أن حدد المدة على النحو للساب، في صدر للنص استنطرد الى الاستثناءات للوردة عليها \*

#### ٣٩١ - الاستثناءات على الأصل العام :

استثنى المشرع من الأصل العام السابق الأحوال التي يعين فيها للقانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية للنص السابق الذي تضمن الأصل العام \*

---

(٧) وقد اخضع المشرع لهذا الأصل العام أيضا للربع في ذمة الملتزم حسن النية والربع للواجب على نظار الوقوف ادلوه للمبتعثين : المادة ٢/١٣٩ \*

فالقانون قد يحدد مدة أخرى لمنع سماع الدعوى بالحق والمقصود  
منها القوانين الخاصة التي تتضمن نصوصاً تحدد مدة أخرى لمنع سماع  
الدعوى . مثل القانون للتجاري .

أما النصوص التالية على حد قول النص المشار اليه من قبل ، فهي  
تتضمن بعض الحقوق استثناءها المشرع المدني من الأصل العام لاعتبارات  
ذكرناها من قبل . ونبين المدة المقررة لمنع سماع الدعوى منها مقتصرين  
عليها دون غيرها التي نصت عليها قولتين خاصة .

ونحن نقصر في دراستنا لهذه الاستثناءات على ما جاء به القانون  
المدني الكويتي منها ، نشير - اجمالاً - الى أنه قد جعل للمدة لبعض منها خمس  
سنوات وجعلها لبعض الآخر سنة واحدة .

## ٣٩٢ - أولاً - منع سماع الدعوى عند الإنكار بمضي خمس سنوات :

### ١ - الحقوق التي لها صفة الدورية والتجدد :

استثنى المشرع المدني الكويتي الحقوق الدورية المتجددة من الأصل  
انعام في تحديد المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . اذ قرر في الفقرة الاولى  
من المادة ٤٣٩ ان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بحق دوري متجدد هي  
خمس سنوات . والحق يكون دورياً اذا استثنى في مواعيد متتالية يفصل  
بينها وحدة زمنية معينة : اسبوع او شهر او سنة . وقد تنشأ الدورية  
على الاتفاق او القانون . ومثال الاول - على حد ما جاء بالنص السابق - اجرة  
المباني والأراضي الزراعية .

ومثال الثانية - كما ذكر النص المشار اليه ايضاً - المرتبات والمعاشات .  
ويكون الحق متجدداً اذا كان للوفاء به في موعد معين لا ينقضي من أصله  
مثل الأجور والمرتبات .

### ٢ - حقوق اصحاب المهن الحرة :

حدد المشرع المدة المقررة لمنع سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لحقوق  
اصحاب المهن الحرة بخمس سنوات . وذلك في المادة ٤٤٠ من القانون المدني  
الكويتي ومثل لها في النص بحقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين  
والخبراء ومديرى التفليسة والسماصرة والمعلمين . وبما يدل على أن المشرع  
قد اراد - بذكر هؤلاء في النص - التمثيل لا احصر انه قال « وغيرهم مما

يزولون المهن الحرة » • ويلاحظ أن المشرع قد عاد وقرر عدم سماع الدعوى بسند حر بحق من هذه الحقوق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلك في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ •

### ٣ - للضرائب والرسوم المستحقة للدولة :

لا تسمح عند الانتكاز دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات • وكذلك يكون الحكم إذا كانت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ونصت على ذلك المادة ٤٤١ من القانون المدني الكويتي •

### ٣٩٣ - ثانيا : منع سماع الدعوى عند الانتكاز بمضى سنة واحدة :

نصت المادة ٤٤٢ من القانون المدني الكويتي على عدم سماع الدعوى عند الانتكاز بانقضاء سنة واحدة إذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

( أ ) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورجوعها لأشخاص لا يتجرون  
مثال ذلك حق القصاب وتاجر المواد الغذائية •

( ب ) حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملاتهم •

( ج ) حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم مثل البستاني والطاسمي  
والسائق الخاص وحارس المنزل الخصوصي •

ولكن يلاحظ أن المشرع عاد وقرر في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ من القانون المدني الكويتي عدم سماع الدعوى بسند حر بحق من هذه الحقوق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة •

### ٣٩٤ - بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى وكيفية حسابها :

ضمن المشرع المدني الكويتي في المادة ١/٤٤٥ القاعدة العامة في تحديد بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قولا بأن هذه المدة لا تبدأ في

للسريان الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك(٨) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من القانون المدني الكويتي على انه لو كلفه ميعاد الوفاء متوقفا على لولة الدائن سرت الحدة منذ الوقت الذي يكون فيه للدائن أن يعلن لرافتم وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام . ومن ثم فلا عبوة بالوقت الذي يختاره الدائن للمطالبة بالوفاء ، تجنباً لتحكم الدائن في تحديد التاريخ الذي تبدأ به جريان مدة عدم سماع الدعوى(٩) .

واذا كانت القاعدة في بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى تحدد بدء سريان المدة باستحقاق حق للدائن الا أن المشرع قد خرج عليها بنص خاص يتعلق ببعض الحقوق . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ على انه بالنسبة للحقوق للنصوص عليها في المادة ٤٤٠ ( حقوق أصحاب المهن الحرة ) والمادة ٤٤٢ ( وهي كل الحقوق التي لا تسمح للدعوى بها بمضى سنة كما ذكرنا ) فان مدة عدم سماع الدعوى بها لا تبدأ في السريان الا من الوقت الذي يتم فيه للدائنون تقدماتهم ولو اسلموا في اداء تقدمات أخرى .

وتحسب الحدة المتوفرة لعدم سماع الدعوى بالأيام لا بالساعات ويفضل اليوم الأول وتكمل المدة بانقضه آخر يوم فيها . هذا ما نصت عليه المادة ٤٤٤ من القانون المدني الكويتي . واعتمد المشرع التقسيم الميلادي في حساب كافة المسد التي تكلمنا عنها .

---

(٨) فقد ينص القانون احياناً ولاعتبارات معينة على جعل بدء سريان المدة في تاريخ لاحق لاستحقاق الدائن حقه كما هو الأمر بالنسبة للاقتضات الناشئة من العمل غير المشروع ولا تسري المدة بالنسبة لها الا من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسؤول عنه . ويمكن ايضاً وعلى أساس بعض الاعتبارات أن يبدأ سريان المدة في وقت سابق لاستحقاق الدائن حقه . ومن ذلك على سبيل المثال النص الذي منع سماع الدعوى بالنسبة للمضات الدين تبعا لحس سماعها بالنسبة الى الدين ذاته مع أن استحقاقها يكون لاحقاً في الغالب لاستحقاق الدين .

راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠٨ .

(٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي مشار اليها من قبل ، الموقع السابق .

وتجسد الاشارة وبمناسبة مدة عدم سماع الدعوى أيضا ، أن المشرع قد أورد في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدني الكويتي حكما يقضى باعتبار جميع النصوص المحددة للمدد المقررة لعدم سماع الدعوى متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز أن يتفق الأفراد على مخالفة أحكامها .

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أنه يتعين علينا ألا نخطئ بين تعلق تحديد المدة بالنظام العام من جهة وبين منع سماع للدعوى ذاته من جهة أخرى وهو لا يتعلق بالنظام العام . إذ نصت للفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ من القانون المدني الكويتي على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمن من تلقاء نفسها » وإنما يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو دائئه أو أي شخص له مصلحة ولو لم يتمسك به المدعى » .<sup>١٥</sup>



## المطلب الثاني

### وقف وانقطاع مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٥ - تقسيم :

بعد أن تبدأ في السريان - وفقا للقواعد التي تناولناها - المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، قد يطرأ ما يؤثر على هذا السريان في استمراره . ويتخذ التأثير أما مظهر الوقت وأما مظهر الانقطاع . ونعرض لهما في فرعين مستقلين .

## الفرع الأول

### وقف مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٦ - تعريف :

نقصد بوقف مدة عدم سماع الدعوى ، أن يطرأ بمصد بدء سريانها أو قبله وفقا للقواعد المقررة - ما يؤدي إلى تعطيل استمرار هذا السريان أو بدئه ، بحيث لو زال سبب التعطيل تستأنف المدة سريانها من جديد حتى تستكمل امتدادها لما تم قبل هذا التعطيل .

٣٩٧ - أسباب وقف مدة عدم سماع الدعوى :

أوردت المادة ٤٤٦ من القانون المدني الكويتي وخاصة في فقرتها الأولى الحكم العام بشأن وقف مدة سماع الدعوى ، ومؤداه : أن وقف سريان المدة يتحقق إذا وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطلب بحقه في الوقت المناسب والمانع يكون ماديا أو أدبيا . ومثال الأول أن يطرأ ما يحول دون الدائن ومثوله أمام المحكمة للمطالبة بحقه ، أما لتعطيل أعمال المحاكم لأسباب عامة أو لتعذر وصوله إليها لنفس الأسباب أيضا .

ومثال الثاني : وجود علاقة تربط للدائن والمدين يشعر معها للدائن بخرج شديد إذا طالب بحقه أمام القضاء . مثل علاقة الزوج بزوجه

واعترفت الفقرة الثانية من النص المذكور مانعاً يتمتذر معه المطالبة بالحق  
عدم توافر الاصلية في الدلائل أو غيبته أو الحكم عليه بمقتوبة جنائية إذا لم  
يوجد نائب يمثلها قانوناً .

وما نود أن نغيبه عنه في هذا المقام ، أن وجود مانع يستحيل معه على  
الدلائل ان يطالب بحقه على نحو ما ذكرت للتواتر انما يوقف سريان مدة عدم  
سماع الدعوى اياكانت في قدرها . أى سواء كتبت المدة محدودة بخمس  
عشرة سنة أو كانت محددة بسنة واحدة على نحو ما ذكرنا (١) .

### ٣٩٨ - اثر وقف مدة سماع الدعوى :

إذا قام مانع من الموانع السابقة ترتب على ذلك وقف المدة المقررة لسمع  
سماع الدعوى . وهذا يعني - على ما أوضحنا - عدم استمرار سريان  
المدة إذا كان قد بدأ أو تأخر بدء سريانها إذا لم يكن قد بدأ . وهذا يفترض  
بطبيعة الحال أن المانع ما زال قائماً .

ويترتب على ذلك بحكم المنطق أنه إذا قام المانع بعد بدء سريان  
المدة فإن سريانها يقف ويستمر موقوفاً باستمرار قيام المانع . فإذا زال  
المانع استأنفت المدة سريانها وصولا الى استكمالها وفقاً للتواعد المقررة  
قانوناً . ويدخل في حسابها ما سرى منها قبل قيام المانع ولا يدخل فيها  
فترة الوقف ذاتها وهي فترة قيام المانع حتى زواله .

ويلاحظ هنا ، أن المادة ٤٤٧ من القانون المدني الكويتي قد أوردت  
حكماً يقضى بأنه لو كان وقف سريان مدة عدم سماع الدعوى يرجع الى  
سبب شخصي قام بأحد الشركاء في الدين فلا يفيد من هذا الوقف الشركاء  
الآخرين الذين لم يتحقق بهم سببه . فلو وقف سريان المدة بالنسبة الى بعض  
ورثة الدائن فإن المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثة .

---

(١٠) قارن حكم المادة ٢/٢٨٢ منى مصرى بخصوص التقادم ونقضى بعدم وقف  
التقادم في حق الدائن ناقص الاصلية أو للفائب أو المحكوم عليه بمقتوبة جنائية ولا يوجد من  
يمثله قانوناً إلا إذا كانت المدة المقررة تزيد على خمس سنوات .

## الفرع الثاني

### انقطاع مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٩ - تصريف :

نقصد بانقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ان يطرا بعد بدء سريانها سبب يؤدي الى الفناء ما سرى منها بحيث اذا زال للسبب تبدأ المدة في السريان من جديد دونما اعتبار لما سرى منها قبل ذلك . وفي هذا يختلف الموقف - كما رأينا - عن الانقطاع .

٤٠٠ - اسباب انقطاع مدة عدم سماع الدعوى :

تكلم المشرع الدنى الكويتي في المادتين ٤٤٨ ، ٤٤٩ عن اسباب انقطاع مدة عدم سماع الدعوى وحصرها في اسباب منها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالدين .

٤٠١ - أولا - اسباب الانقطاع المتعلقة بالدائن :

١ - المطالبة القضائية :

قررت المادة ٤٤٨ من القانون الدنى الكويتي انقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية .

والمطالبة القضائية التى تقطع بذات الحق موضوع عدم سماع الدعوى به لانكاره وتتم بمطالبة الدائن بخقه أمام القضاء . ويترتب الانقطاع على هذه المطالبة - بهذا المعنى - كلما توفد فيها معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذى يردا نقضاؤه .

ويلاحظ أن المطالبة القضائية تقطع للتقادم ولو كانت أمام محكمة غير مختصة ونصر المادة ٤٤٨ صريح في ذلك . وعلة ذلك أن هذه المطالبة تدل بل تقطع - ولا يؤثر في ذلك عدم اختصاص المحكمة - بنية الدائن في سعيه للحصول على حقه .

ويترتب على الانقطاع اثره - كما سنبين فيما بعد - بالمطالبة ويستمر مع استمرارها حتى يتم الفصل في الدعوى بهذه المطالبة والفصل فيها يكون بالحكم . فإذا كان الحكم لمصلحة الدائن فالنتيجة زوال الأثر المترتب وهو الانقطاع لتبدأ المدة المنقطعة في السريان من جديد دونما اعتبار لما كان منها قبل حصول الانقطاع بالمطالبة أما لو كان الحكم ضد الدين أي برفض طلبه زال كل أثر للمطالبة القضائية وتعتبر كأن لم تكن ومن ثم تعتبر المدة وكأنها لم تنقطع أصلاً . ونفس الأمر ولو كان قبول الدعوى شكلاً . ويتصور أيضاً أن يكون حكم المحكمة بعدم الاختصاص في الحالة التي تكون فيها المطالبة أمام محكمة غير مختصة . فهذه المطالبة تقطع المدة كما رأينا مع أنها أمام محكمة غير مختصة . ولما كان الأمر كذلك ، فإن الحكم بعدم الاختصاص من شأنه أن يزول الانقطاع وتبدأ المدة التي قطعت في السريان من جديد (١١) .

## ٢ - اعلان السند التنفيذي (التنبيه) :

قد يكون الدائن في غير حاجة للمطالبة القضائية . ويحدث ذلك لو كان حقه ثابتاً بسند تنفيذي . ويترتب الانقطاع في هذه الحالة على قيام الدائن باعلان السند التنفيذي الى الدين . وغير خاف أنه لجاء بعد من مقدمات التنفيذ . ونصت على اعلان السند التنفيذي كسبب للانقطاع المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي .

## ٣ - الحجز :

نصت المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي صراحة على انقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحجز . ويحدث الحجز اثره هذا ، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً .

## ٤ - طلب الدائن قبول حقه في التفتيش :

تنقطع مدة عدم سماع الدعوى - بصراحة النص السابق - بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفتيش الدين أو في توزيعه . وحسبما صرح به النص السابق أيضاً فإن المدة تنقطع بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعوى . كما لو تدخل الدائن للتمسك بحقه في دعوى مرفوعة على الدين من شخص آخر .

(١١) راجع ، محمد نبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٨ ، من ٢٠٩ : ص ٤١٠ .

## ٤٠٢ - ثانيا - اسباب الانقطاع المتعلقة بالدين :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٩ من القانون المدني الكويتي على انقطاع المدة المقررة لمحم سماع الدعوى اذا أقر الدين بحق الدائن وعلّة ذلك أن اقراراً مثل هذا يتضمن معنى للنزول عن الجزء الذي انقضى من المدة قبل ذلك . والاقرار يكون صريحاً أو ضمنياً . ويعتبر اقراراً ضمنياً - على حد قول للفقرة الثانية من النص السابق - أن يكون للمدين مالا مرهوناً رهناً حيازياً الى الدائن ضماناً للدين أو كان الدائن قد حبس المال تحت يده تبعاً لحقه في عدم رده حتى يستوفي الدين المرتبط به . فإن ترك الدين لماله في الحالين يعتبر اقراراً ضمنياً بالدين يكون من شأنه استدامة الانقطاع طالما بقي المال في حيازة المرتهن أو تحت يد للحابس تقديراً بأن الاقرار بهذه المثابة يبقى مستمراً مهما طالّت المدة على استحقاق الدين .

## ٤٠٣ - آثار انقطاع مدة عدم سماع الدعوى :

إذا تحقق سبب من اسباب الانقطاع السابقة ترتب على ذلك انقطاع سريان المدة المقررة لمحم سماع الدعوى . ولازم ذلك - على ما بينا من قبل - إلغاء ما كان من هذه المدة قبل تحقق سبب الانقطاع . وأنه بزوال هذا السبب تبدأ في السريان ومن جديد المدة بمحم سماع الدعوى ، ولا يدخل فيها مدة قيام سبب الانقطاع . والأصل ، أن مدة عدم السماع تبدأ في السريان من جديد - بزوال سبب الانقطاع - بنفس قدر المدة الأولى . ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من القانون المدني الكويتي إذ قالت : اذا انقضت المدة المقررة لمحم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى .

واستثناء على هذا الأصل ذكرت الفقرة الثانية من النص السابق حالتين تختلف فيهما مدة عدم سماع الدعوى بمدد الانقطاع عنها قبله .

## الحالة الأولى :

إذا حكم بالحق وحاز للحكم قوة الأمر المقتضى ، فإن مدة عدم سماع الدعوى التي تبدأ في السريان من جديد بعد زوال سبب الانقطاع تكون لخمس عشرة سنة بغض النظر عن التقدير الكامل للمدة التي طرأ عليها الانقطاع من قبل . وعلى أية حال فإنه لما كانت المدة الجديدة - حسب النص - خمس عشرة سنة ، فإن ذلك يفترض أن التقدير الكامل للمدة التي طرأ عليها الانقطاع من قبل أقبل من خمس عشرة سنة .

ولكن يلاحظ أن الاستثناء في هذه الحالة ويقضى باعتبار مدة عدم  
السماع الجديدة خمس عشرة سنة لا يسرى على ما تضمنه الحكم بالحق  
- الذي حاز قوة الأمر المقضى - من التزامات دورية متجددة تكون مستحقة  
الاداء بعد صدوره \*

### **الحالة الثانية :**

إذا كان الحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات كما هو  
الامر بالنسبة للحقوق للواردة في المادة ٤٤٠ وسبق دراستها أو كان الحق  
مما لا تسمع به الدعوى بمرور سنة كما هو الحال بالنسبة للحقوق الوليدة  
في المادة ٤٤٢ وسبق دراستها ، فإن استئناف سريان لمدة بحد الانقطاع  
يكون خمس عشرة سنة إذا كان هذا الانقطاع مقرر المدين \*

### المطلب الثالث

#### آثار مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٠٤ - يترتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى واكتمالها اثر جوهري يتمثل في منع سماع الدعوى بأصل الحق وكذا ملحقاته . الا أن ذلك يفترض التمسك بمنع سماع الدعوى وعدم التزول عنه . ونبحث ذلك تباعاً .

#### ٤٠٥ - اولا - منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته :

يترتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى واكتمالها عدم سماع الدعوى بالحق . وهذا يعني أن مرور الزمن في القانون المدني الكويتي ليس من شأنه - بخلاف التقادم - أن يسقط للحق . وقد أخذ هذا القانون بأحكام الفقه الاسلامي في هذا المجال . إذ الحق فيه على ما سنرى - لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بخدمة من هو عليه لن هو له . لكن تقادم الزمن أو مروره انما يمنع سماع الدعوى اذا كان المدعى عليه منكراً للحق

وهذا الاثر ، اعني منع سماع الدعوى ، يشمل للدعوى بأصل الحق وملحقاته . إذ تضمنت المادة ٤٥١ من القانون المدني الكويتي حكماً يقضي بأن عدم سماع الدعوى بأصل الحق انما يستتبع عدم سماعها بالنسبة للملحقات ولو كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بشأن هذه الملحقات لم تكتمل بعد .

#### ٤٠٦ - ثانياً - التمسك بمنع سماع الدعوى :

لكي يترتب الاثر السابق ، اعني منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته كما ذكرنا ، يشترط - اضافة الى اكتمال مضي المدة - التمسك بمنع سماع الدعوى هذا . وللتمسك بمنع سماع الدعوى يكون بناءً على طلب المدعي أو أي شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعي ( م ١/٤٥٢ ) مدني كويتي ) وصاحب المصلحة يمكن أن يكون دائن هذا المدعي . هذا عن التمسك بمنع سماع ومن له التمسك .

لما عن كيفية ذلك ، فانه غالبا ما يكون عن طريق دفع يتقدم به المدعى الى المحكمة لذا ما طالبه الدائن .

ويلاحظ أن وجوب التمسك بمنع سماع الدعوى على النحو السابق يرتبط به أو يتفرع عنه حكم آخر أورده الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ أيضا ويقضى بأنه لا يكون للمحكمة أن تقضى بمنع سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها . ومفاد ذلك أن عدم سماع الدعوى بمرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام . مع ملاحظة مانوعنا عنه من قبل بخصوص المدة المقررة لمنع سماع الدعوى وتتعلق بالنظام العام .

#### ٤٠٧ - ثالثا : عدم النزول عن الدفع بمنع سماع الدعوى :

أن منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته كآثر لمضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى هذا . والأصل في هذا الخصوص أورده الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدني الكويتي وتقضى بمنع جواز التنازل عن الدفع بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن قبل ثبوت الحق فيه . وعلة ذلك - على حد ما جاء بالملحظة الإيضاحية - أنه لو أُجيز للنزول المسبق لأصبح شرطا مألوفاً يميله الدائن على المدعى فثقت نشوء الدين فضلا عن أنه يهدد الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الدفع بمنع سماع الدعوى .

الا أن المشرع قد أجاز في الفقرة الثانية من النص المذكور النزول عن الدفع بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن وذلك بعد ثبوت الحق فيه . ويكون النزول صريحا أو ضمنيا .

ويشترط في هذا النزول - ابتداء - أن يكون بعد ثبوت الحق في التمسك بمنع سماع الدعوى . كذلك يشترط أن يصدر - على حد تعبير تلك الفقرة الثانية - ممن يملك التصرف . ومفاد ذلك أن الأهلية المطلوبة لصحة النزول هي أهلية التصرف . ويشترط في النزول أخيرا ألا يضر بساكن الدائنين . ويكون الاضرار ينزل المدعى عن التمسك بمنع سماع الدعوى بالنسبة لدائن معين وهو مما يضر بباقي الدائنين .

#### ٤٠٨ - عدم سماع الدعوى لمرور الزمن في الم شروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

ياخذ القانون المدني المصري الحالي بعيدا سقوط الحق للشخص بالتسليم . ولكن الم شروع ياخذ بعيدا عدم سماع الدعوى لمرور الزمن .



فمرور الزمن لا يؤثر - حسب ما استحدث المشروع من أحكام في هذا الصدد - على وجود الحق ذاته . والمشروع بذلك يكون قد أخذ بمبدأ نكرة الشريعة الإسلامية .

أولا - نصت المادة ٣٦٤ من المشروع على البدء بقولها : « لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها أحكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » ،

والنص يقرر القاعدة بشأن منح سماع الدعوى بالحق لزوم الزمن وتحدده خمس عشرة سنة ، إلا في الأحوال التي يحدد فيها القانون مدداً أخرى كما هو الأمر في المواد التالية لهذه المادة .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تتقابل المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة مبدأ سقوط الحق بالتقادم في هذه المادة ، بخلاف المادة المقترحة وقد أخذت - على ما ذكرنا - بمبدأ عدم سماع الدعوى لزوم الزمن مع الإنكار وانعدام العذر . وذلك جرياً على أحكام الفقه الإسلامي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٨ من القانون المدني الكويتي .

ثانياً - نصت المادة ٣٦٥ من المشروع على ما يأتي :

١ - لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دوري متجدد ، كاجرة المباتي والأراضي الزراعية والروقات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي .

٢ - ولا تسمع الدعوى على المنكر بالربح المستحق في ذمة الحائز سء النية أو الربح للولجب على ناظر الوقف أدلؤه المستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي .

وهذه المادة تتقابل المادة ٣٧٥ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق المادة ٤٣٩ من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٣٦٦ من المشروع فقد نصت على ما يأتي :

« لا تسمع الدعوى على الفكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى ، إذا كابت بحق من حقوق الأطباء والصياغة والمحامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين وكلاء القنصلية والسفارة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » .

والمادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المدنى المصرى لالحالى . وتطابق المادة ٤٤٠ من القانون المدنى الكويتى .

ونصت المادة ٣٦٧ من المشروع على ما يأتى :

١ - لا تسمع على الفكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى . وتبدأ هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية مع نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قوانين خاصة ، وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٧ من القانون المدنى المصرى لالحالى . وهى تطابق المادة ٤٤١ من القانون المدنى الكويتى .

ثالثا - نصت المادة ٣٦٨ من المشروع على أنه : « لا تسمع عند الإنكار للدعوى بانقضاء سنة واحدة إذا كانت يحق من الحقوق الآتية :

( أ ) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان للطعام وكل ما صرفوه لصاحب عملاتهم .

( ب ) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

والمادة تقابل المادة ٣٧٨ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق  
الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ من القانون المدني الكويتي .

#### رابعاً - وعن بدء سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٦٩ من المشروع على ما يأتي :

لنفسه

« ١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المذكورة في  
المادتين ٣٦٦ ، ٣٦٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقصماتهم ولو استمروا  
يقدمون تقصمات أخرى » .

٢ - وإذا خرد سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى  
به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » .

والمادة تقابل المادة ٣٧٩ من القانون المدني المصري الحالي . وهي  
تطابق المادة ٤٤٣ من القانون المدني الكويتي .

وفي بدء سريان المدة أيضاً نصت المادة ٣٧٠ على ما يأتي :

« ١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص  
خاص ، من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

٢ - فبالنسبة الى دين معلق على شرط ولقف تبدأ المدة من الوقت الذي  
يثبت فيه الاستحقاق » .

٣ - وإذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، تبدأ المدة من  
الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٨١ من القانون المدني المصري الحالي .  
ولكنها تطابق المادة ٤٤٥ من القانون المدني الكويتي .

#### خامساً - وفي كيفية حساب المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧١ من المشروع على أنه : « تحسب المدة التي تمنع من  
سماع الدعوى بالأيام ، ولا يحسب لليوم الأول منها ، وتكمل بانقضاء  
يوم آخر منها » .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٨٠ من القانون المدني المصري الحالي .  
وهي تطابق المادة ٤٤٤ من القانون المدني الكويتي .

وفي هذا الاطار استحدث المشروع المادة ٣٧٢ ويجرى نصها على النحو التالي :

« لا تسمع الدعوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعده  
مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المادتين للحد المقرر لعدم سماعها » .

ومؤدى الحكم المستحدث بها ، انه في حساب المدة المانعة من سماع  
الدعوى تضم المدة التي ترك السلف الدعوى خلالها الى المدة التي ترك الخلف  
الدعوى خلالها ايضا ، بحيث لا تسمع الدعوى اذا بلغ مجموع المادتين قدر  
المدة المانعة من سماعها .

سادساً - وعن وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧٣ من المشروع على ما ياتي : « تقف المدة المقررة لعدم  
سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه على الدائن ان يطلب  
حقه ، ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الادبي الذي يحول دون المطالبة  
بالحق ، وكذلك تقف المدة فيما بين الاصيل والناصب » .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٨٢ من القانون المدني المصري الحالي ،  
وهي تطابق ايضا الفقرة الاولى من المادة ٤٤٦ من القانون المدني الكويتي .

سابعاً - وعن انقطاع سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧٤ من المشروع على انه « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع  
الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ،  
وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالمطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس  
او في توزيع وى عمل يقوم به الدائن للمعسك بحقه اثناء السير في  
احدى الدعوى » .

والمادة تقابل المادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري الحالي .  
وتطابق المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي .

وفي بيان أسباب الانقطاع ، إضافة إلى ما جاء بالمادة سالفه الذكر ، نصت المادة ٣٧٥ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدعى بحقوق أدلائه إقراراً صريحاً أو ضمناً .

٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدعى تحت يد الدائن مالا له موهوباً رضاً حيازياً تأمينا لوفاء الدين » .

والمادة تقابل المادة ٣٨٤ من القانون المدني المصري الحالي . ومع ذلك يمكن القول بأنها تطابقها لو أخذنا في الاعتبار استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » الواردة في المادة المقترحة من المشروع بكلمة « التقادم » الواردة في النص الحالي المذكور .

وعلى أية حال ، فإن هذه المادة المقترحة من المشروع تطابق أيضاً الفقرة الأولى وجانباً من الفقرة الثانية للمادة ٤٤٩ من القانون المدني الكويتي .

وتناول المشروع آثار لانقطاع سريان المدة في المادة ٣٧٦ ونصها كالآتي :

« ١ - إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو انقطعت المدة بإقرار المدعى ، كتبت المدة الجديدة خمس عشرة سنة » .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المدني المصري الحالي ، مع ملاحظة اختلافها بين عدم سماع الدعوى والتقادم . كذلك يلاحظ أن حكم المشروع يقدر أن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة ولو كانت المدة الأولى أقل من ذلك في حالة انقطاع المدة بإقرار المدعى دون تفرقه بين دين وآخر . أما النص الحالي فيقتصر الحكم على الديون التي تقتادم بسنة واحدة .

والمادة المقترحة من المشروع تقابل أيضاً المادة ٤٥٠ من القانون المدني الكويتي .

ثالثاً - وعن مدى الذي لا تسمع معه للدعوى :  
نصت المادة ٣٧٨ من المشروع على أنه « إذا لم تسمع الدعوى بالحق ،  
فلا تسمع بتواليها ، ولو لم تكتمل المدة » لصحح سماعها بهذه التواليف » .

وهذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدني  
المصري الحالي . إلا أنها تطابق المادة ٤٥١ من القانون المدني الكويتي .

رابعاً - وعن مدى تعلق عدم سماع الدعوى بالنظام العام :

نصت المادة ٣٧٩ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز للحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى ،  
بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعى أو بناء على طلب دائئه أو أي  
شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدني الحالي لو أخذنا  
في الاعتبار استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى » الواردة بنص المشروع  
بكلمة « التقادم » الواردة في النص الحالي . والمادة المقترحة من المشروع  
تطابق المادة ٤٥٢ من القانون المدني الكويتي .

## المبحث الرابع

### طرق انقضاء الالتزام دون وفاء

#### في الفقه الاسلامي

٤٠٩ - تقسيم

ينقضي الالتزام - دون وفاء - في الفقه الاسلامي بالابراء واستحالة التنفيذ<sup>(١٢)</sup>.

أما عن مرور الزمن ، فإنه لا يعد - كما أسلفنا - طريقا لانقضاء الالتزام في الفقه الاسلامي . بل ان مرور الزمن يعد مانعا من سماع الدعوى بالحق .  
وهي الاحكام التي اخذ بها الفقهاء المدني الكويتي ومشروع القانون المدني الجديد في مصر . ومن ثم فإننا نقتصر هنا على بيان احكام مرور الزمن وقوا عليها كل مضافهما الاضحية في الفقه الاسلامي .

ونبحث الابراء واحكام مرور الزمن في مطلبين :

(١٢) ومن إستحالة التنفيذ : فان يتم لكان التنفيذ لهلاك المقود عليه او تحدر الجسول عليه ، انما يؤدي الى انقضاء الالتزام .  
راجع : احمد ابراهيم بك ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ، رقم (٢) ، ص ٢٣٦ .

راجع في استحالة التنفيذ ايضا : صبيح محصاني ، النظرية العامة للمرجبات والمقود في الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ج ٢ - ص ٤٩٧ وما بعدها .

## المطلب الأول

### الإبراء في الفقه الإسلامي

#### ٤١٠ - تعريف الإبراء وأنواعه :

ذكرت المادة ٢٣٢ من مرشد الحيران أن الإبراء على فرعين إبراء إسقاط وإبراء استيفاء وإبراء الإسقاط هو أن يبرئ المبرئ مدينه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحط بعضه عن ذمته . أما إبراء الاستيفاء فهو عبارة عن لقرار الدائن باستيفاء دينه الذي كان له في ذمة مدينه .

والإبراء الذي يخل في دراستنا باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام هو إبراء الإسقاط<sup>(١٣)</sup> . وقد عرفت إبراء الإسقاط أيضا ، المادة ١٥٣٦ من مجلة الأحكام المحلية إذ قالت : « إبراء الإسقاط هو أن يعبري واحد الآخر بإسقاط كل حقه قبل ذلك الآخر أو يحط بعضه وهو الإبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح »<sup>(١٤)</sup> .

ويمكننا التعرف على الإبراء عند الحنابلة من خلال نصوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل . إذ جاء بها أن « الإبراء من الدين يصح بلفظه وما يؤدي معناه » فلو قال إسقطته أو تركته أو تصدقت به أو أنت في حل منه صح وبرئ المدين منه ، ( م - ١٦٥٥ ) . وجاء بها أيضا

---

(١٣) راجع ، في الإبراء : موسوعة الفقه الإسلامي ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة ، الجزء الأول ص ١٧٩ - ١٩٢ .

(١٤) ويقول ابن جزى المالكي في الصلح ، والصلح على نوعين : النوع الأول إسقاط وإبراء وهو مطلقا ، راجع للقوانين للفقيه - مشار إليه من قبل ، ص ٣٦٦ .

وراجع في الإبراء عند الشافعية : الاتجاه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٤٦٢ ، وجاء في الاتجاه والنظائر للسيوطي أيضا ( ص ٤٦٠ ) « أن الصلح أقسام خامسا : أن يكون إبراء بأن يصلح من الدين على نفسه ، وجوز الملكية حبة الدين . راجع للقوانين للفقيه لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٩٨ . لا يجيز الشافعية حبة الدين . راجع الاتجاه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٣١ .



• يصح الإبراء من الدين حالا كان أو مؤجلا لكن لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه ، ( م ١٦٥٦ ) • وجاء أيضا بهذه المجلة أن الإبراء اسقاط • تمتى إبراء من دينه برئت ذمة الدين ( م ١٦٥٧ ) ( ١٥ ) •

ولذا كان الإبراء في الفقه الإسلامي ينقسم عامة إلى إبراء اسقاط وإبراء استيفاء فإن إبراء الاسقاط - وهو موضع انضمامنا - يمكن أن يكون مقيدا • فإذا أبرأ الدائن مدينونه عن بعض الدين إبراء مميذا بإداء الباقي منه في وقت معين وصرح بأنه إن لم يؤده في ذلك الوقت يفتقر عليه الدين بحاله وفعل المديون ذلك وأدى الباقي في ذمته برى • وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى الدين كله ، ( م ٢٤٤٠ من مرشد الحيران ) •

ومن ذلك أيضا • لو حظ الدائن عن مدينونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقي له ولم يؤت للاداء وقتا وتقبل المدينون ذلك فإنه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقي أو لم يؤده ، ( م ٢٤٥٠ من مرشد الحيران ) • وفكرت المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران ما يقابله وهو الإبراء العام عن كافة الحقوق والدعاوى ، فلو قال الطالب لطلوبة لا تعط لي عليك كان إبراء عاما كقوله لا حق لي قبلك ( ٦١ ) •

وقد أجمعت كل ما تقدم إحدى المحاكم المصرية بقولها • ونقل في التفتيح عن المحقق الشرنبلاني أن البراءة إما عامة يبرأ فيها من الدين والعين فلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة قبل فلان ، أو هو برى • من حتى أو لا دعوى

---

( ١٥ ) وجاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإسلام أحمد بن حنبل بخصوص الإبراء على أنه حبة دين بعض الأحكام فيعد أن ذكرت المادة ٨٩٢ من هذه المجلة أنه • لا تصح حبة الدين لغير الدين • •

جاء في المادة ٨٩٤ منها • حبة الدين للمدين إبراءه منه وليست حبة حنبلية • • راجع أيضا لدى الحنفية المادة ٨٤٧ من مجلة الأحكام للحنفية ونصها كالآتي • إذا وهب أحد دينه للمدين أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يرد الخيون صح ذلك وسقط عنه الدين في الحال • •

( ٩٦ ) راجع التشبيه والنظائر لابن نجيم الحنفي • دار للكتب العلمية • بيروت ، ١٤٠٠/١٩٨٠ م ، ص ٣٦٣ • •

وقالت إحدى المحاكم الشرعية المصرية أن الإبراء العام من الدعاوى يمنح من سماع للدعوى إلا بسبب حادث بعد البراءة • محكمة القصور الشرعية جلسة ١٩٢٠/٥/١ • راجع أيضا : محكمة اجسا الشرعية في ١٩٣٣/١٠/١٦ • راجع مع أحكام أخرى : مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، أحمد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل • ص ١٠ - ١١ •

عليه أو لا تعلق لم عليه أو لا استحق عليه شيئاً أو ليس لم معه أمر شرعي أو إبرائه من حقى . ولما خاصة بدين خاص كإبرائه من دين كذا أو بدين عام كأبرائه مما لم عليه فيبرأ من كل دين دون الدين ولما خاصة بـ «معين» وذكر العلامة ابن عابدين مثل ذلك وأن البراءة قسمان : براءة إسقاط تسقط الدين عن الذمة مثل 'إسقطت وحططت' وبراءة استبراء مثل لبرأتك براءة استبراء وهي عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه (١٧) .

#### ٤١١ - خصائص إبراء الإسقاط :

١ - الإبراء تبرع . ولليل ذلك عند الحنفية أنه يشترط لصحته أن يكون المبرئ أهلاً للتبرع ( م ٢٣٥ من مرشد الحيران ) . ولليل ذلك عند الحنابلة أيضاً ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أنه لا يصح الإبراء ممن لا يصح تبرعه ( م ١١٥٨ ) .

٢ - يتم إبراء الإسقاط من الدائن دون غيبول المدين . فعند الحنفية لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ( م ٢٣٩ من مرشد الحيران ) - ( م ١٥٦٨ من مجلة الأحكام الحنبلية ) . وعند الحنابلة الإبراء إسقاط فلا يفترق إلى القبول ( م ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ) . وعند الشافعية لا يشترط القبول في الإبراء على الأصح ( ١٨ ) .

---

(١٧) محكمة كثر الزيات الشرعية ، في ١٩/٣/١٩٤٠ ، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً : أحمد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٢ .

(١٨) الاستبراء والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٤ .

لم يخالف في ذلك إلا المالكية : راجع للجزء الثاني من الفرق للإمام شهاب الدين الصنهاجى الترابي / دار المعرفة ، بيروت . ص ١٢٠ - ١٢١ .

ويقول ابن نجيم الحنفي « الإبراء لا يتوقف على القبول إلا في الإبراء في بدل الصرف وسلم كما جاء في البدائع ، الاستبراء والنظائر الموضع السابق ~

يشترط لصحة الإبراء ما يلي :

١ - فباعتماد الإبراء من التبرعات ينبغي أن تتوفر أهلية التبرع لدى المبرء كما ذكرنا • فلا يصح إبراء الصغير أو المجنون • إذ يجب أن يكون المبرء عاقلاً أو مكلفاً رشيداً (١٩) •

كما لا يصح إبراء المريض مرض الموت • فالإبراء في مرض الموت المخوف يعتبر عند الحنابلة وصية تجرى فيه أحكامها ( م • ١٦٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ) • وعند الحنفية لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثه من الدين الذي له عليه أو بعضه سواء كان على المبرء دين أم لم يكن • ( م • ٢٤١ من مرشد الحيران ) • وعند الحنفية أيضاً إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفا عما يكون عليه من الدين وإن كانت التركة مستفردة بالدين فلا يعتبر ذلك الإبراء ( م • ٢٤٢ من مرشد الحيران ) •

٢ - يشترط لصحة الإبراء رضا رب الدين عند الحنفية خاصة • فإن أكره أكرهاً معتبراً على إبراء مدينه فلا تبرأ دمه من الدين ( م • ٢٤٠ من مرشد الحيران ) ( ٢٠ ) •

٣ - يجب أن يكون المبرأ معلوماً ومعيناً • ونصت على ذلك المادة ١٥٦٧ من مجلة الأحكام العدلية • فلو قال أبرأت جميع مديوني أو ليس لي

---

(١٩) راجع المادة ١٦٥٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران - المادة ١٥٤١ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتي :  
« لا يصح إبراء المصبي والمجنون والمعتوه طلاقاً » •

(٢٠) راجع المادة (١٠٠٦) من مجلة الأحكام العدلية •

عند أحد حق فلا يصح لبرأؤه . . أما لو قال أبرأت أهالي المحلة الفلانية وكان أهالي تلك المحلة معينين ومحدودين فيصح الإبراء (٢١) .

ولا يشترط في صحة الإبراء علم قدر الدين ولا صفته ( م . ١٦٦٠ من مجلة الأحكام للشريعة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ) .

٤ - يجب في الإبراء ألا يكون مطلقاً على شرط . فالبراءة تفيد - عند الحنفية - معنى التملك فلا يصح تعليقها بالشرط ( م . ٢٤٣ من مرشد الحيران ) ( ٢٢ ) .

وعند الحنابلة أيضاً لا يصح الإبراء المطلق على شرط لكن لو علقه على موته كان وصية تجرى فيه أحكامها على ما ذكرنا ( م . ١٦٥٩ من مجلة الأحكام للشريعة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ) .

### ٤١٣ - آثار الإبراء :

يترتب على إبراء الأسقاط متى تم صحيحاً سقوط الدين فمن أبرأ شخصاً من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق ( م . ٢٣٤ من مرشد الحيران ) . ونصت على ذلك أيضاً المادة ١٥٦٢ من مجلة الأحكام المحلية بقولها : إذا أبرأ واحد آخر من حق سقط ذلك الحق ولا يبقى له أن يدعى به ( ٢٣ ) .

( ٢١ ) راجع المادة ٢٣٧ من مرشد الحيران ونصها كالآتي : « إذا تعد المبرؤون يلزم تعيينهم تعييناً كافياً » . ويقول ابن نجيم « ولو قال للدائن لديوني أبرأت لحكما لم يصح » . ذكره في فتح القدير من خيار العيب « الإتياء والنظر » ، ص ٦٤ ، وقالت لصدى المسالك للشريعة المصرية « أن الإبراء من مجهول صحيح بشرط أن يكون من شخص معين . فالإبراء من المجهول صحيح قضاء وديانة بشرط أن يكون من شخص معين أو قبيلة معينة بصورة . فالبراء المجهول ولو من شيء مطوم لا يصح بنبات إبراء المطوم ولو من مجهول فإنه صحيح كما في الخلاصة » . محكمة القبطيين الشرعية ، جلسة ١٩٤٩/١/١٩ ، مبادئ القضاء الشرعي ، مشار إليه من قبل ، ص ١٤ .

( ٢٢ ) يقول ابن نجيم للحنفي في الإتياء والنظر « الإبراء فيه معنى التملك ومعنى الأسقاط » . الموضع السابق .

( ٢٣ ) وذلك تطبيق لما جاءت به المادة ٥١ من مجلة الأحكام المحلية من أن المساقط لا يعود كما أن المردوم لا يعود . ويقول ابن نجيم في الإتياء والنظر « الإبراء العام لا يمنع الدعوى بحق قضاء لا ديانة أن كان بحيث لم علم بماله من الحق لم يبرئه في شعبة الولد الجيه لكن في خزانة الفتوى ، الفتوى على أنه يبرأ قضاء وديانة وإن لم يعلم به » ، ص ٣٦٥ ، « الدين يسقط بالإبراء » ، ص ٣١٧ .

وعند الحنابلة أيضا ، فإذا أئمننا النظر في السادتين ١٦٥٥ ، ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل كما عرضنا لهما من قبل ، وجبنا أن الإبراء إسقاط يرتب انقضاء الدين وبرائة ذمة الدين منه .

لكن يلاحظ أن أثر الإبراء على النحو السابق يفترض - عند الحنفية خاصة - أن الدين لم يرد . إذ الإبراء يرتد بالرد عند الأحناف . فقد نصت المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران على أن الإبراء يرتد برد الدين . وهو ما ذكرته أيضا المادة ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية<sup>(١٤)</sup> . والأصل أن رد الإبراء من الدين يكون قبل قبوله له . وبرائة الأصل توجب براءة الكفيل ( م . ٢٤٦ من مرشد الحيران ) .

والخلاصة أنه يتضح لنا ، وهذه ملامح الإبراء في الفقه الإسلامي أن القانون المدني في الكويت ومصر قد سار بشأن الإبراء على النهج الإسلامي .

- 
- (٢٤) قارن عدد الحنابلة : نص المادة ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية ، الإبراء إسقاط فلا يفترق إلى القبول ولا يحل بالرد . . . . .
- ويقول ابن نجيم للحنفي : الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل .
- الأولى : إذا أبرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد .
- الثانية : إذا قال الدين أبرئني فأبرأته فرده لا يرتد .
- الثالثة : إذا أبرأ الطالب للكفيل فرده لم يرتد .
- الرابعة : إذا قبله ثم رده كما ذكره الزيلعي في مسائل شتى من القضاء .
- الاستبراء والنظائر ، الموقع السابق .

## المطلب الثاني

### احكام مرور الزمن في الفقه الاسلامي

٤١٤ - مرور الزمن يمنع سماع الدعوى . ولا يسقط الحق . :

ان مرور الزمن ( التقادم ) لا يؤدي - في الفقه الاسلامي - الى سقوط الحق وانما يكون مانعا من سماع الدعوى به . وبظهر ذلك بوضوح - وعلى وجه الخصوص - في الفقه الحنفي . اذ نصت المادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام العدلية على ما يأتي : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان ، ..... » وقد اكد ذلك صاحب مرشد الحيران في المادة ٢٥٦ بقوله : دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة (٢٠) .

ويبين من ذلك ان مرور الزمن في هذا للمقه ليس تقادما يسقط الحق ولكنه - في اصطلاح الفقهاء - عبارة عن منع سماع الدعوى بعد ان تركت مدة معلومة بدون عذر . وهذا المنع غير قياسي لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان بل استحسان ووجه منع التزوين والتحيل لان ترك الدعوى زمانا مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهرا حتى اذا افتتحت هذه الملة وجب سماع الدعوى مهما طاللت المدة . ومنع سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هو مجرد منع للقضاء عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه (٢١) .

(٢٥) راجع ايضا في مرشد الحيران باب وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان .  
المادة ١٥١ وما بعدها - . راجع ايضا نص المادة ١٩٥ من مرشد الحيران وتقضي بعدم سماع الدعوى بالدين على المدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وان لم يسقط الحق بمرور الزمان .

§ ٤٢

(٢٦) راجع : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣ .

وقد اوضحت ذلك لحدى المحكم للشرعية المصري بقولها : ان النص للشرعي يقتضي بان للحق لا يسقط بتقادم الزمان وان طلقت المدة وان التقادم الى زمن معين يمنع من سماع الدعوى قطعا للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالتركيب مع طول المدة فلا تسمع للدعوى مع التقادم ، وهذا بناء على تخصيص القضاء وما يملكه ولي الامر من المنع من سماع الدعوى بعد المدة المقررة .

محكمة العياط للشرعية في ١٩٢٩/٢/٢٥ - مبادئ القضاء للشرعي في خسنين عاما .  
احمد نصر الجندي ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ١٣٦٨ - ١٩٧٨ ، دار الفكر العربي ،  
مبدأ (١) ص ٣١٦ .

ويبدو أن الحنفية استندوا ، فيما ذهبوا إليه من أن مرور الزمن يمنع سماع الدعوى إلى الاستحسان على ما مر بنا ، وفوق ذلك فقد استندوا إلى قاعدة « القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان » . فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات كما في الخلاصة » . وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا تسمع ، ويجب عليه عدم سماعها » (٢٧) وجاء في حاشية رد المحتار لابن عابدين أن « القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ » (٢٨) .

والظاهر أن الحنابلة نفس الاتجاه في أن مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع سماع الدعوى به . فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ( م ٢٠٥١ ) أنه يصح للإمام نهى القاضي عن النظر في بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم في مسألة معينة ومثله لو قال : لا تقضى فيما مضى له عشر سنين ونحو ذلك . والمعنى الواضح لذلك أن مرور الزمن يمنع القاضي من سماع الدعوى . والمنع هنا من قبيل تخصيص القضاء بالزمان بأمر الإمام . فقد جاء بالمادة ٢٠٤٩ من مجلة الأحكام الشرعية

(٢٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٣٠ .

وجاءت القاعدة في المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام المدنية أيضا ونصها كالآتي :

« القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات فالحاكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط ولايمز له أن يحكم قبل حلولها أو بعد مرورها ، وكذلك الحاكم المقصوب للحكم في قضاء يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر . والحاكم المقصوب أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر وذلك لو صدر أمر سلطاني بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشأن المرفوع للحظة عالة تنطبق بالمصلحة العامة ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها ، أو كان الحاكم مأثوما باستماع بعض الدعاوى المعينة دون غيرها فله أن يستمع الدعاوى المأثور بها فقط وأن يحكم بها وليس له سماع ما عداها والحكم به ..... » .

وراجع أيضا : شرح سليم رستم باز على النص السابق .

شرح المجلة ، ص ١٦٨ - ١٧٠ .

(٢٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار . لابن عابدين .

مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ .

( م ٢٧ - أحكام القانون )

المذكورة أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان(٣٦) . وما تقحم يتضح أن ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وانكار الخصم وعدم العذر الشرعي مانع من سماع الدعوى . فمناط النهي عن سماع الدعوى انكار الحق ولا يقوم بالدعوى عذر يحول بينه وبين المطالبة بهذا الحق .

## الفرع الأول

### المدة المانعة من سماع الدعوى وبدء سريانها

٤١٥ - المدة :

تحددت المدة المانعة من سماع الدعوى في الفقه الاسلامي بخمس عشرة سنة وأحياناً بست وثلاثين سنة على النحو التالي (٣٧) :

(٣٩) ونص المادة ٢٠٤٩ كالاتي : القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان ولو ولاه الامام عموم النظر في عموم العمل جاز ، وكان له أن ينظر في كلفة وظائف القضاة في سائر البلاد .

ولذا ولاه القضاء سنة كلاً لم يصح حكمه قبل طولها ولا بعد مرورها . ولو ولاه قضاء بلدة أو محله لم ينذ حكمه الا فيها لئلا يسمع بينة الا فيها .

ونصت المادة ٢٠٥٠ على ما يأتي : القضاء يقبل التخصيص ببعض أنواع العائلات . أو بقدر من المال لا يتجاوز ٥٠٠٠٠٠٠ .

ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية في نطاق المك ما تضمنته تعميم سماحة رئيس القضاء رقم ٨١٦ وتاريخ ١٣٨١/٨/٢٠ وبموضوعه : « اذا ادعى شخص على آخر في دار ونحوها والادعى عليه حائز للمدعى به مدة طويلة ويتصرف فيه تصرفاً مطلقاً ولم - يمارسه في ذلك الادعى مع حضوره ومشاعته فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع » . منشور بمجموعة الأنظمة والوائح وللتطبيقات التي تصدرها وزارة العدل ، فهرس أهم تعاليم : سماحة رئيس القضاء الموجودة بإدارة الوثائق والبحوث ، ص ١٤٩ . راجع ايضاً وينفس المصدر ص ١٣٩ تعميم سماحة رئيس القضاء رقم ٩٣٨ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢ ويقضين نفس المعنى .

(٣٠) وجاء في شرح مجلة الأحكام المحلية في هذا الخصوص : ثم اعلم أن الفقهاء قد اختلفوا في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى فجعلها بعضهم ستاً وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثاً وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثين سنة وراجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣ .



حدد الحنفية المدة التي لا تسمح للدعوى بعد مضيها بخمس عشرة سنة (٣١) . ففي المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران نجد أن دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمح على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . كذلك تنص المادة ١٥١ من مرشد الحيران بأن واضح اليد على عتار أو غيره وكان متصرفا فيه تصرف المالك بلا منازع ولا معارض لمدة خمس عشرة سنة لا تسمح عليه دعوى المالك بغير الارث من أحد ليس بذى عذر شرعي ان كان منكرًا .

وكما هو واضح فإن المدة المانعة من سماع الدعوى هي - في الفقه الحنفي - خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين أي بين الحق الشخصي والعيني . وهو ما أكدته مجلة الأحكام المحلية في المادة ١٦٦٠ (٣١) .

وما ينبغي أن يلاحظ ، انه إذا كانت المدة المانعة من سماع الدعوى هي خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين ، فإن في نصوص الفقه الاسلامي - الحنفي خاصة - ما يفيد بأن المدة تكون غير ذلك بالنسبة للوقف والارث (٣٢) .

فمن كان واضعاً يده على عتار متصرفا فيه تصرف المالك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمح عليه بعداً دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف (الاعتذر شرعي (م ١٥٢ من مرشد الحيران) .

(٣١) الاشياء والنظر لأبن نعيم ، الموقع السابق .

(٣٢) ونص المادة ١٦٦٠ كالآتي : لا تسمح دعوى الدين والوديعة والمعار والموتور والميراث وما لا يمرد من الدعوى الى العامة ولا الى أصل الوقف في المعار الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والظلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة .

(٣٣) في هذا المعنى : المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر ونصها كالآتي : القضاء ممنوعون من سماع الدعوى التي مضي عليها ١٥ سنة مع تمكن الدعي من دفعها وعدم الضرر للشرعي في عدم اقامتها الا في الارث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها الا بعد ٣٣ سنة مع تمكن عدم الضرر للشرعي له وهذا كله مع الاكثار للحق في تلك المدة .

راجع أيضا من التطبيقات في المملكة العربية السعودية تعميم معالي وزير العدل حول تحديد المدة التي تسقط في نهايتها مطالبة الخزنة العامة متى تأخر صاحب الحق عن قبضه وتقدر ذلك ثلاث سنوات فأكثر إذا كان للتأخر جد . عفر . التعميم رقم ١٣٦٢/١١/٢٢ راجع مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التي تصدرها وزارة العدل ، لمرس أمم التعليم الصادر - بقرع معالي الوزير الموجودة بإدارة الوثائق والبحوث ، ص ٢٧ .

وجاء بمجلة الاحكام العلية في هذا الصدد ان الدعاوى المتعلقة في اصل الوقف ودعاوى الحقوق العينية في عقار الوقف لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة . ومثال الاولى دعوى المرتزقة من الوقف اذا تعلقت باصله ومثال الثانية دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك (٢٤) . ليس هذا فحسب بل نجد ايضا الفقه الحنفى قد جعل المدة المانعة من سماع الدعوى عشرين سنة ، وذلك بالنسبة لدعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الاراضى الاميرية (٢٥) .

#### ٤١٦ - ٢١ - سريان المدة :

يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى وعلى حد قول المادة ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العلية - من تاريخ ثبوت الحق للمدعى بملامته الدعوى بالمدعى به (٢٦) . وعلى ذلك « يعتبر لبتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل لا من تاريخ عقد الدين » ( م . ٢٥٨ من مرشد الحيران ) .

واضح من ذلك ان مرور الزمان في دعوى دين مؤجل ، انما يبتدىء من حلول الاجل لانه قبل حلوله لا يملك المدعى الدعوى والمطالبة بذلك الدين . مثلاً لو ادعى واحد على آخر فقال لى عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلانى الذى بيعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً ثمنه بثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مر اعتباراً من حلول الاجل اثنتا عشرة سنة لا غير ، ( م . ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العلية ) .

(٢٤) راجع نص المادتين ١٦٦١ ، ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العلية .

(٢٥) وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العلية في آخرها .

ونص المادة ١٦٦١ كالآتي : تسمع دعوى المتولى والمرتزقة المتعلقة باصل الوقف الى ست وثلاثين سنة . ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف واحد في عقار تصرف ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولى وقف انه من مستغلات وقفى فلا تسمع دعواه ، .

ونص المادة ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العلية كما يأتى .

« اذا كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وان كانت في عقار الوقف فلتستوى ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الاراضى الاميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضى الاميرية بعد مرور عشر سنين » .

(٢٦) راجع ، سليم رستم ياز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٦ . مع ملاحظة ان المصنف

التعريف تبني عليها اللغة الهجرية .

وأيضاً يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى « في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين » (م ٢٥٨ من مرشد الحيران) • وعلة ذلك - كما جاء في نهاية المادة ١٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية - أن المهر المؤجل لا يصير معجلاً إلا بالطلاق أو الوفاة •

وعن التسوية الذي به المدة في سريانها على الوجه المتقدم لذلك فقد تباهت فيه جمعية مجلة الأحكام العدلية وتطورت « أنه إذا كانت المسألة متعلقة بدعوى ذكر فيها الشهر أو السنة على الإطلاق دون تقييد بقيد كالقهرى أو الرومى فيصرف إلى القهرى وفقاً للمعرف الشرعى ••• غير أنه في المعاملات المتقدمة والمحدودة بزمان كالاجارة وتأجيل الدين إذا اتفق المتعاقدان على ذكر أى تاريخ أرادا مما ذكر فيعتبر اتفاقهما » (٣٧) •

## الفرع الثانى

### وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى

#### ٤١٧ - الاعذار الشرعية المؤثرة في سريان المدة :

من المسلم به في الفقه الإسلامى أن مرور الزمان لا يحدث أثره بعدم سماع الدعوى إلا إذا كان بدون عذر • فمرور الزمن لا يكفى بذاته لعدم سماع الدعوى بالحق بل يجب - فوق ذلك - أن يكون مقروناً مانعاً العذر في ترك هذا الزمن يمر دون رفع الدعوى بالحق • فوجود العذر لا يمنع سماع الدعوى مهما كانت مدة التترك ، ويظهر ذلك بوضوح من المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتى « المعتبر في هذا الباب أى باب مرور الزمان المانع لسماع الدعوى إنما هو مرور الزمان للواقع بلا عذر أما للزمان الذى مر لعذر شرعى ••••• فلا يعتبر بها يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر وانقضاءه » (٣٨) •

(٣٧) وللقضاء الشرعى المصرى واضح في ذلك كل الوضوح • فقد قضى بأن المعتبر شرعاً أن تمضى خمس عشرة سنة هجرية سواء كان بعض شهورها كاملاً الأيام أم ناقصها لأن الذى يحتسب عدد السنين بخمس عشرة سنة لا احتساب مجموع أيام الخمس عشرة سنة • ملو للشرعية ، ٣٠/١٠/١٩٤٣ مبادئ القضاء للشرعى في خمسين عاماً • أحمد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل ، مبدأ ( ٣ ) ، ص ٣١٦ •

(٣٨) راجع أيضاً في ضرورة انقضاء العذر حتى ينتج مرور الزمن أثره بعدم سماع للدعوى - المواد التالية من مرشد الحيران : ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٦ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٩ - ٣٦١ •

ونخلص من هذا النص الى أن وجود العذر لتترك الدعوى بالحق انما يحول دون تحقق الاثر المرجو لمرور الزمن ويتمثل في منع سماع الدعوى . والمقصود بالعذر تلك الحاجة التي تجعل للشخص غير قادر على المطالبة بحقه (٣٦) . وعدم تحقق هذا الاثر انما يرجع أصلا وحسبما يبين من النص - الى عدم اعتبار مرور الزمن مع وجود العذر وقيامه . ليس هذا فحسب ، بل أن النص قد صوّر عدم تحقق الاثر المرجو لوجود العذر بعدم اعتبار مرور الزمن . وكما سنرى - فإن عدم اعتبار مرور الزمن لوجود العذر انما يتخذ صورة من اثنتين . الاولى ، ويوقف العذر فيها سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . وهذا العذر يكون واحدا من بين : الغياب ، وبصفة خاصة غياب من له الادعاء بالحق وانعدام الاهلية وكون خصم المدعى من المتغلبة . أما الثانية ، فيقطع العذر فيها المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وهذا العذر يكون واحدا من بين اقرار المدعى عليه بالحق والمطالبة للقضائية .

ويلاحظ ان القضاء الشرعي في مصر واضح في احكامه بشأن التركيز على أن الاعذار الشرعية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر . وانما المدار فيها - أي الاعذار - أن تكون مشروعة ومأنعة للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا - أي الفقهاء - الامر في تقدير قوتها وكبرها مانعها لفتنة القاضي . وقد مثلوا لها على فكرنا بغيبة المدعى عليه أو المدعى أو فقرهما وكذا جنون المدعى أو خشية سلطان المدعى عليه ويحتمل أن يكونه ذا شوكة يخشى بأسه اضافة الى اعسار المدين (٤٠) .

ونتكلم أولا عن الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ثم نعقب ذلك بتناول ما يؤدي الى انقطاعها من اعذار .

#### ٤١٨ - أولا - الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

تتمثل هذه الاعذار كما ذكرنا في الغياب وكون خصم المدعى من المتغلبة اضافة الى انعدام الاهلية . فاذا توفر عذر منها ترتب على ذلك وقف

---

(٣٦) محكمة ملوى الشرعية في ١٢/٢/١٩٤٧ ، مباءة القضاء الشرعي في خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، المجلد الاول ، ميّدا رقم ١ ص ٢٢٩ . وقد أطلق عليه له در الشرعي اعتمادا على أن المادة الموضوعية لقضاء المحاكم الشرعية هي اقوال فقهاء المذاهب راجع ايضا حكم محكمة تلا الشرعية في ٢٠/٤/١٩٣٧ ، وقد ورد في المصدر السابق ، نفس الصفحة . ميّدا رقم (٢) .

(٤٠) حكم محكمة ملوى الشرعية في ١٢/٢/١٩٤٧ ، وقد سبق الاشارة اليه حكم محكمة تلا الشرعية في ٢٠/٤/١٩٣٧ وقد سبق الاشارة اليه .

المدة المقررة لعدم سماع الدعوى • ومدار الوقف بصفة عامة أن المدة تستأنف سريانها بعد زوال العذر الموقف ليضاف ما يكون منها بعد هذا الزوال الى ما كان منها قبل وجود العذر • الا أن هناك ملاحظة هامة نجد لزاما علينا ان نبهرزها قبل الخوض في غمار للتفاصيل بخصوص الاعذار تلك لانها ملاحظة تتعلق بمفهوم وقف المدة • ذلك أن، هذا المفهوم يفترض - على نحو ما عرضنا له منذ قليل - أن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، قد بدأ سريانها ثم طرأ عذر من الاعذار الموقفة • لكننا نلاحظ بالنسبة لعذر اللثام ويتمثل في أن خصم المدعى بالحق من المتغلبة - وقد ذكره البعض ضمن الاعذار الموقفة<sup>(٤١)</sup> - أن مفهوم وقف المدة بعيد عن التحقق الى حد ما • اذ الطة في كونه عذرا • كما سنرى - أن المدعى يخشى نفوذ وجود المدعى عليه وهو من المتغلبة • وعلة مثل هذه تقوم غالبا - وحسبما نعتقد - منذ بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باتقامة للدعوى بالمدعى به ومرجع ذلك ان صفة المدعى عليه بأنه من المتغلبة إنما تكون له قبل ثبوت الحق للمدعى باتقامة الدعوى بالحق المدعى به أى قبل بدء سريان المدة المانعة او على الأقل تكون معاصرة له ولأن المدة لن تبدأ في السريان لقيام العذر قبل سرياتها وبثأثيره • فانه لا توجد مدة قبل العذر يقال باضافتها الى ما سيكون منها بعد زوال العذر • ويأتالي نرى أن مفهوم وقف المدة لا يتحقق بالنسبة لهذا العذر وأن العذر أقرب الى اعتباره سببا للانقطاع وليس الوقف<sup>(٤٢)</sup> • الا اذا تصورنا فرضا تبدأ فيه المدة المقررة بعدم سماع الدعوى في السريان لان المدعى عليه شخص عادى ليس من المتغلبة • بعد مضي جزء منها وقبل اكتمالها - يصبح المدعى عليه من المتغلبة واصحاب النفوذ • ونظرا لامكان تصور هذا الفرض فاننا سوف نبقى على عرض العذر - محل ملاحظتنا - ضمن اسباب وقف المدة •

## ١ - الغياب :

من الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى غياب المدعى بالحق • ونصت على ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران

(٤١) راجع ، صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ •

(٤٢) راجع في الحاشية : محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في التشريعة الإسلامية ، طار الفكر العربي • رقم ٨ ، ص ١٦٢ : ويرى فيما ذكرناه في الحق اسبابا توقف سريان المدة اسبابا تقطع سريانها •

والمادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية<sup>(٤٢)</sup> . والغياب كمعذر يكون لمدة سفر هي ثلاثة أيام أي مسافة ثمانى عشرة ساعة بالسير المعتدل<sup>(٤٣)</sup> ، وذلك كما جاء بالمادة ١٦٦٤ من مجلة الأحكام .

فإذا توفّر عذر الغياب على هذا النحو ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، إلا أن الغياب - وهذا بدعى - يزول بحضور الغائب وهنا تستأنف هذه المدة سريانها مرة أخرى ويضاف - فى احتساب المدة كلها - ما سيكون منها بعد زوال الغياب كمعذر أيهما كان منها قبل وجوده . فإذا اكتملت المدة المقررة امتنع على القاضى سماع الدعوى . والفرض أن مدة الوقف حال قيام المعذر لا تدخل فى حساب المدة وصولاً إلى اكتمالها . وقد عبرت عن ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران إذ قالت « دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة فإن تركها المدعى بعذر بان كان غائبا ٠٠٠٠ فإنها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ٠٠٠٠ » .

ويلاحظ أن الغياب باعتباره عذراً شرعياً - ومعياره مدة سفره هي ثلاثة أيام - يتعلّق دوره فى وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى لو اجتمع المدعى بالمدعى عليه ولو مرة واحدة فى بلدة يمكنه فيها إقامة الدعوى ولم يدع لدى القاضى . وفى تصوير هذا الفرض تقول المادة ١٦٦٥ من مجلة الأحكام العدلية « ساكننا ببلدين بينهما مسافة سفر ( أى سفر لمدة ثلاثة أيام كما سبق ) اجتمعا فى بلدة ولو مرة وأمكن محاكمتهما ومع ذلك لم يدع أحدهما على الآخر شيئاً ومضت على ذلك مدة مرور الزمن لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتأريخ سابق على تلك المدة »<sup>(٤٤)</sup> . فإذا

---

(٤٢) ومع وضوح نص مرشد الحيران والمجلة فى أن الغياب المعتبر هو غياب المدعى بالحق ، إلا أن البعض قد أضاف بأن يعتبر أيضاً غياب المدعى عليه . - راجع حكم محكمة ملوى للشرعية وحكم محكمة تلا للشرعية . مشار إليهما من قبل . وراجع فى ذلك أيضاً : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار إليه من قبل ، ص ٩٩٠ - راجع أيضاً : صبحى مصطفى ، المرجع للسابق ، ص ٥٧٨ . ويقول أن الفتوى المتقدمة تعتبر غيبة المدعى عليه أيضاً إن الأعذار المانعة لحكم مرور للزمان . وأورد فى ذلك تليلاً من الجزء الثانى من الفتاوى الخيرية ، ص ٨٠ .

(٤٤) وقد عبرت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران عن الغياب بقولها أن يكون المدعى بالحق « غائباً مسافة القصر » .

(٤٥) راجع فى توضيح هذا النص : سليم رستم باز ، شرح المجلة - مشار إليه من قبل ، ص ٩٩١ .

تحقق ذلك لا تسمع الدعوى على الرغم من تحقق الغياب - ومعياره السفر  
للمدة المذكورة - الذى يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى  
كمخدر كان يفترض معه سماع القاضى للدعوى بوجوده .

## ٢ - خصم المدعى من المتغلبة :

لا يعتبر مرور الزمان - على حد ما جاء بالمادة ١٦٦٣ من مجلة  
الأحكام المدنية - اذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه اقامتها  
لامتداد زمن تغلب خصمه وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب .  
ومعنى ذلك ، انه لو كان المدعى عليه من المتغلبة ، كما لو كان اميرا جائرا  
من اصحاب النفوذ<sup>(٤٦)</sup> ، يخشى المدعى جوره وبطشه لو رفع الدعوى فانه  
اذا تركها لهذا السبب فلا تأثير لمرور الزمن ولا عبء به ، وتسمع دعواه  
لو بعد خمسين سنة . الا ان مرور الزمن يؤثر في سماع الدعوى من الوقت  
الذى يزول فيه تغلب المدعى عليه . ولا يغيب عن الذاكرة الملاحظة التى ذكرنا  
من قبل بخصوص هذا المعنى .

## ٣ - انعدام الأهلية :

تقضى المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام المدنية بأن الزمان الذى مر لعذر  
شرعى كما لو كان المدعى صغيرا او مجنونا ومعقوها سواء كان له وصى أو  
لم يكن فلا يعتبر بل يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر وانحفاعه<sup>(٤٧)</sup> .

(٤٦) راجع في تفسير المتغلبة : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من  
قبل ، الموقع السابق .

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحاكم الشرعية في مصر من أن قيام الزوجية يمد  
من الاعذار الشرعية التى يفتقر معها عدم المطالبة بالحقوق ويكون قيامها ملنا من سريان  
المدة المانعة من سماع الادعاء بالحقوق شرعا مع التمكن وانكار الحق . ( تلا للشرعية  
١٩٣٧/٤/٢٠ ) مشار اليه من قبل . وقد ورد في مبادئ القضاء الشرعى في خمسين عاما ، المجلد  
الاول ، مشار اليه من قبل ، ميذا رقم ٥ ، ص ٢٣١ ( اعذار شرعية ) . مع ملاحظة انه  
سبق الإشارة لنفس الحكم وفى نفس المرجع ولكن فى موقع آخر من صفحاته . وتقول محكمة  
مدنى للشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ وقد سبق الإشارة اليه ان من الاعذار ان يكون من عليه  
الحق ذا سلطان يخشى وائى سلطان اقوى من سلطان الزوج على زوجته . ان يامرهما بتطبع  
تجنبيا للذى ومذا الكراه منه بمقتضى سلطانه عليها ولزعم لها على السموت عن المطالبة .  
(٤٧) قارن الحكم كما جاء بمبرشد الحيران وتضمنه نص المادة ٢٥٦ » .....

فان تركها المدعى ( دعوى الدين ) بمخر بان كان ..... صغيرا او مجنونا وليس له ولى  
او وصى فانها تسمع ، وواضح ان النص قد اشترط بالنسبة للصبي وكذا المجنون عدم  
وجود الولى او الوصى بخلاف نص مجلة الأحكام المدنية الذى عمم الامر وقال سواء كان  
للصغير او الممتنع او المجنون وصى او لم يكن .

والمنعنى الواضح للنص ، أنه اعتبر لعدم الأهمية لموجب بما جاء به عذرا  
 شرعيا بوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحق ، بحيث  
 لا تستأنف سريانها الا بزواله . أى من الوصول الى حد البلوغ . والمدة  
 المقررة لعدم سماع الدعوى اذ تستأنف سريانها مرة أخرى منذ الوصول الى  
 حد البلوغ فانها تضاف الى ما كان منها قبل المخر . فاذا تمت المدة المبررة  
 كانت مانعا من سماع الدعوى .

والخلاصة أن الاعذار أو الاسباب التي توقف مرور الزمن المانع من  
 سماع الدعوى منها ما يتعلق بالمعنى ومنها ما يتعلق بالمعنى عليه . فلو توفر  
 عذر من الاعذار السابقة مع ترك المعنى دعواه بالحق ترتب على ذلك وقف  
 سريان المدة المقررة لنسج سماع الدعوى شرعا بحيث تسمع للدعوى ما دام  
 العذر قائما ولو مضت بالفعل المدة المقررة تلك . ولكن تستأنف المدة المقررة  
 لعدم سماع الدعوى في السريان شرعا منذ زوال العذر . ويكون سريانها لما  
 يكمل المدة المقررة مضافا الى ما كان منها قبل تحقق المسخر ولا يدخل في  
 الحساب الفترة التي كان فيها المسخر قائما .

#### ٤ - افلاس المدعى عليه :

إن افلاس المدين يعد عذرا يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى  
 فلو ترك صاحب الحق دعواه به بسبب افلاس مدينه اذ لا يتأتى له اقامة  
 الدعوى ، وما دام المدين مفلسا ، تسمع دعواه ولو كان قد مضى على اعساره  
 المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلها كما لو كانت خمس عشرة سنة ونصت  
 على ذلك المادة ١٦٦٨ من مجلة الأحكام المحلية اذ قالت « لا يبتدىء مرور الزمان  
 في دعوى الدين على المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس . مثلا لو ادعى على  
 واحد تمادى افلاسه عشر سنين ثم تحقق يساره بعد ذلك أن لى عليك من قبل  
 خمس عشرة سنة كذا وكذا دينا من للجهة الفلانية ولما كنت مفلسا من ذلك  
 التاريخ الى الآن لم أتمكن من الدعوى عليك ، أما الآن وقد صرت قادرا على أداء  
 الدين فاني ادعى عليك به تسمع دعواه » .

ومفاد ذلك كما ذكرت أن افلاس المدين يوقف سريان المدة المقررة لعدم  
 سماع الدعوى بحيث اذا زال تستأنف المدة سريانها منذ الزوال لتضاف الى  
 ما كان منها قبل تحقق الافلاس بسبب الوقف عاذرا اكتملت لا تسمع الدعوى .  
 ولا يدخل في حساب المدة الفترة التي ظل فيها الافلاس قائما . وعلى ذلك  
 تسمع للدعوى لو رفعت بعد يسار المدين وقبل اكتمال المدة المانعة من  
 سماع الدعوى كلها .



## ٤١٩ - الاعذار التي تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، في الفقه الاسلامي باقرار المدعى والمطالبة القضائية . ويلاحظ أن الانقطاع يعني محو ما مضى من المدة المقررة تلك قبل تحقق سبب الانقطاع بحيث تبدأ في السريان ومن جديد المدة المقررة المشار إليها منذ زوال سبب الانقطاع ومن ثم لا يدخل في حسابها المدة السابقة على حدوث سبب الانقطاع ولا الفترة التي كان فيها سبب الانقطاع قائما . وواضح أن الانقطاع يختلف عن اللوقف . ففي الأخير لا تنقضي المدة السابقة على تحقق سبب اللوقف .

ونلاحظ أيضا على أسباب الانقطاع - شأنها في ذلك شأن أسباب اللوقف - أن منها ما يتعلق بالدعى ومنها ما يخص المدعى عليه . ونعرض لهذه الأسباب .

### ١ - اقرار المدعى عليه :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى باقرار المدعى عليه بحق الدعى شريطة أن يكون المدعى عليه قد اقر ، واعترف صراحة في حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده في الحال على الوجه الذى يدعيه ، ( م ١٦٧٦ ) من مجلة الاحكام المعلقة ) .

ومعنى ذلك أن اقرار المدعى عليه بحق المدعى لا ينتج أثره في قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى الا اذا كان أمام الحاكم . فاذا لم يكن كذلك بل كان في محل آخر ببقية المدة سارية دونما انقطاع وفي حالة اكتمالها لا تسمح الدعوى وهو ما نصت عليه المادة السابقة أيضا . الا أن اقرار المدعى عليه أمام الحاكم بحق المدعى لا يكفي بذاته لقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بل يجب فوق ذلك أن يقر المدعى عليه بأن حق المدعى ما زال باقيا في ذمته للحال وعلى الوجه الذى يدعيه . فلو ادعى على آخر عقارا أنه ملكه ورثة عن والده فاجابه المدعى عليه انى لشتريته من والدك وعمك المورثين لك بكذا وانى ذويد عليه من اربعين سنة فان دعواه للشرء من ولاد المدعى وعمه لم يقر ببقاء الملك لهما في الحال فلا يخفع اقراره مرور الزمان . وكذا اذا ادعى على آخر أيضا اقترضه اياه من عشرين سنة فاجاب المدعى عليه انه قضى هذا الدين ثم ادعى مرور الزمن فلا يمنعه من دعواه هذه دعواه الايفاء وان كانت دعوى الايصال تتضمن الاقرار بالدين الا أن المدعى عليه لم يقر ببقائه في ذمته للحال (٤٨) .

(٤٨) راجع ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٩٦ - ٩٩٧ .

فإذا وقع الإقرار من المدعى عليه على النحو المتقدم ، أن كان أمام الحاكم ومضمونه بقاء الحق في ذمته للحال على الوجه الذي يدعيه المدعى ، ترتب على ذلك قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولا يعتبر ما مر منها قبل ذلك وتسمع الدعوى . و يترتب ذلك بصفة خاصة إذا كان المدعى عليه قد ربط إقراره هذا بسند حاو خطه أو ختمه المعروف وهو ما نصت عليه أيضا المادة ١٦٧٤ من مجلة الأحكام العدلية في عجزها .

## ٢ - المطالبة القضائية :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الفقه الاسلامي ، إضافة الى اقرار المدعى عليه ، بالمطالبة القضائية . وقد نصت عليه المطالبة القضائية كسبب للانقطاع المادة ١٦٦٦ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتي : إذا ادعى واحد على آخر شيئا ، بحضور الحاكم في كل سنة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مضي المدة مانعا لسماع للدعوى . اما الدعوى والمطالبة عند غير الحاكم فلا تدفع مرور الزمان ومن ثم لو ادعى واحد شيئا في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه .

ويتضح لنا من النص ، أن المطالبة التي تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى يجب ان تكون امام القاضي ، هذا في المقام الاول . وفي المقام الثاني - وهذا بدوي - فانه من المتعين أن يتم قبل مضي المدة المقررة تلك . فإذا توافر ذلك انقطع سريان المدة وسمعت للدعوى ولا عبرة بما مضى من المدة قبل وجود سبب الانقطاع . وعلى ذلك فلو ادعى صاحب الحق وطالب به في غير مجلس القضاء أو كان في مجلس القضاء ولكن بعد اكتمال المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ترتب على ذلك عدم سماع الدعوى .

وقد تضمنت هذه الاحكام المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران وجاء بها : انما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره فان طالب الدائن غريمه في مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدهما - وإن

طالبه في غير مجلس القضاء مرارا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضي  
المدة المذكورة ، (٤٩) .

## الفرع الثالث

### آثار انقضاء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٢٠ - قاعدة عامة واستثناء :

يقرتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولتكمالها عدم سماع  
الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته . وعلى ذلك يمكننا القول بأن مرور الزمن  
في الفقه الاسلامي لا يسقط الحق ذاته وانما يسقط وسيلة المطالبة به . ومن  
هنا ، فاننا لا نتردد في القول بأن مرور الزمن في هذا الفقه - وبخلاف غالبية  
التقنيات المدنية (٥٠) لا يعد طريقا لانقضاء الالتزام .

ولكن يلاحظ ان ثمة استثناء على الاثر المتقدم بخصوص عدم سقوط  
الحق بمرور الزمن . والاستثناء على صعيد دعوى الدين بالنفقة لدى الانحاف  
والمالكية . فعند المالكية ، جاء في قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى (٥١) .  
لا تستقر نفقة الابوين فيما مضى في الذمة بل تسقط بمرور الزمان بخلاف  
نفقة الزوجة الا أن يفرضها القاضي فحينئذ تثبت ، . اما عند الانحاف (٥٢)  
وفي بيان ما افرق فيه نفقة الزوجة والقريب جاء في الاشياء والنظائر لابن نجم  
« نفقتها لا تسقط بمضي الزمان بعد التقدير أو الاصطلاح بخلاف نفقته ، » .

(٤٩) وجاء في مرشد الحبران ايضا وفي باب رشح الليد وعدم سماع للدعوى بمرور  
الزمان يؤكد ذلك . فقد نصت المادة ١٥٨ على ما يأتي : « ولذا ادعى في انشاء المدة في  
مجلس القضاء على واضع الليد ولم تفصل للدعوى فلا مانع من سماعها ثانيا ولو مضت  
المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الاولى والثانية المدة المحدودة » .

ونصت المادة ١٥٩ ايضا على ما يأتي : « المطالبة في انشاء المدة المحدودة في غير مجلس  
القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارا » .

(٥٠) التقنيات المدنية العربية التي لم تأخذ باحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامي  
في المعنية هنا .

(٥١) قوانين الاحكام الفقهية ومسائل الفروع للفقهية لابن جزى المالكي . مشار اليه  
من قبل ص ٢٤٧ .

(٥٢) الاشياء والنظائر لابن نجم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٧٥ .

وجاء في الاشياء والنظائر في قواعد وفقه فروع الشافعية للسيوطي . فيما افترض فيه  
نفقة للزوجة والقريب : نفقتها لا تستقط بمرور الزمان بخلاف نفقة القريب . سنة ٥٢٦ .

ويلاحظ أنه إلى جانب الاستثناء المتقدم على عدم سقوط الحق بمرور الزمان على صعيد دعوى الدين بخصوص دين النفقة ، فإن هناك استثناءات أخرى على صعيد دعوى المالك • بخصوص عدم سماع الدعوى لمرور الزمن • فلا اعتبار لمرور الزمان - على حد قول المادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية - في دعاوى المحال التي يصود نفقها للمامة كالطريق العام والنهر والمرعى • مثلاً لو ضبط واحد للرعى المختص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم • وواضح أن دعوى المحال العامة لا تسقط بمرور الزمن استثناء على ما هو معروف في الفقه الاسلامي من أن مرور الزمن وإن كان لا يسقط الحق فإنه يسقط الدعوى به<sup>(٥١)</sup> •

#### ٤٢١ - الذي يمتنع معه سماع الدعوى لمرور الزمان :

أن الاثر المترتب على مرور الزمان ويتمثل في عدم سماع الدعوى يكون في مواجهة المدعى بالحق وكذا ورثته • فكما لا تسمع دعوى الدين عن ترك المطالبة به من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة فكذا لا تسمع من ورثته بعد موته ( م • ٢٥٩ من مرشد الحيران ) • وعلى هذا النحو ، فإذا ترك واحد دعواه بلا عذر ومر عليها لزمان على ما ذكر آنفاً فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته لا تسمع أيضاً من ورثته بعد مماته ( م • ١٦٦٩ من مجلة الأحكام العدلية ) • وعلّة ذلك أن للوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكما • فما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث • ولكن هذا إذا ادعى الوارث ذلك المالك بالارث عن مورثه ، أما لو ادعاه بسبب آخر فلا يكون ترك مورثه للدعوى • مانعاً من سماع دعواه • لأنه بهذه الصورة لا يدعى تلقى المالك من مورثه فلا يكون قائماً مقامه<sup>(٥٢)</sup> •

ويتفرع عن هذا التعليل وبحكم المنطق فرض آخر - غير السابق - فنصوّر فيه سريان أثر مرور الزمان في مواجهة الورثة • فما دلم الوارث قائماً مقام المورث في الحدود المذكورة ، كلنا شخصاً واحداً حكماً<sup>(٥٣)</sup> وعلى هذا ، فلو ترك

---

(٥٢) وفي تعليل هذا الاستثناء قال سليم رستم باز في شرح المجلة : لعل وجهه أن عدم سماع الدعوى لمرور الزمان مطبوعاً إذا تركت دعوى بدون عذر كالنيبية والصغر والجنون فتبقى مسبوقة مهما طال للعذر • والحال أن ترك الدعوى بدون عذر لا يتصور في دعاوى المحال المخصصة لتفلسح عامة لأن المامة لا تظفر من الصفار والمجانين والمتوسمين والغيب راجع ، ص ٩٩٧ - ٩٩٨ •

(٥٤) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار إليه من قبل ، ص ٩٩٤ •

(٥٥) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار إليه من قبل ، ص ٩٩٥ •

الموثر الدعوى مدة وتركها الوارث مدة أخرى وبلغ مجموع المحتين حد مرور الزمان فلا تسمع تلك للدعوى<sup>(٥٦)</sup> . ويحدث ذلك مثلا اذا ترك الموثر الدعوى عشر سنوات وتركها الوارث خمسة صار كأن الوارث ترك الدعوى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه بعدوها .

#### ٤٢٢ - منع سماع الدعوى بين النسبية والاطلاق :

ان الاثر المترتب على مرور للزمان ، مائل في منع سماع الدعوى في حدود ما ذكرنا آنفا ، انما هو اثر يتراوح بين النسبية والاطلاق في مواجهة الحاكم أو للسلطان يكون منع سماع الدعوى مطلقا أو نسبيا تبعا للمدة المقررة لعدم سماع هذه الدعوى . فإذا كانت المدة خمس عشرة سنة ومضت امتنع على القاضي - دون الحاكم - سماعها . اذ المنع في نطاق هذه المدة هو منع من سماع الدعوى أمام القاضي وليس الحاكم . وعلى ذلك فلو أمر الحاكم ، ورغم مضي خمس عشرة سنة ، بسماع الدعوى ، فإنها تسمع . أما لو كانت المدة ثلاثين سنة ، فإن الدعوى بالحق لا تسمع بعد مضيها ولا أمر الحاكم بسماعها . وكما هو واضح فإن منع سماع الدعوى في الحالة الاخيرة هو منع مطلق يقوم أمام القاضي والحاكم . بينما هو منع نسبي في الحالة الاولى يقوم أمام القاضي دون الحاكم .

أما بالنسبة للقاضي ، فإنه يمتنع عليه سماع الدعوى لمرور المدة المقررة بعدم سماعها ، أي بامتنع هذه المدة .

وفي تاصيل كل ذلك ، ذكر الاستاذ سليم رستم<sup>(٥٧)</sup> ، أن مرور الزمان مبني على امرين . الاول حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء ( الاستحسان ووجهه منع التزوير ) والثاني أمر سلطاني يجب على القضاة اتباعه لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضي عليها خمس عشرة سنة بدون عذر . والقاضي وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد النصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم كما نص عليه في الخيرية وغيرها . وقد فرقوا بين

---

(٥٦) المادة ١٦٧٠ من مجلة الاحكام العدلية .

وقد نصت ٣٦١ من مرشد الحيران على فرض آخر على النحو التالي : اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم خمس عشرة سنة من غير عذر وكان لباقي الورثة عذر بأن كان قاصرا فبلغ رشيدا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين .

(٥٧) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من : ١ ، ص ٩٨٣ - ٩٨٤ .

هذين الامرين بأنه اذا مضى على سماع الدعوى خمس عشرة سنة فقط فأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمح ولو تركت بدون عذر . وأما اذا مضى على الدعوى ثلاثون سنة بلا عذر فلا تسمح وأن أمر السلطان بسماعها (٥٨) . والفرق بينهما ظاهر . وهو أن منع سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة مبنى على انقضاء السلطاني فمن نهي عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها وأما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبنى على منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان أن ينقضه . فأمر السلطان ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا (٥٩) .

وخلاصة لكل ما تقدم يمكننا القول اذا ، انه ولئن كان اثر مرور الزمن بعدم سماع الدعوى انهما يتراوح بين النسبية والاطلاق في مواجهة الحاكم والقاضي ، فان ذلك يتوقف على أساس المنع ومجته (٦٠) .

#### ٤٢٣ - مقارنة بين التقادم في القانون و مرور الزمن في الفقه الاسلامي :

تجرى هذه المقارنة مع ملاحظة أن القانون المدني الكويتي الجديد قد أخذ بأحكام مرور الزمن في الفقه الاسلامي . وبالتالي فانها مقارنة بين التقنينات المدنية التي أخذت بالتقادم من جهة واحكام مرور الزمن في الفقه الاسلامي من جهة أخرى وهي أساس القانون المدني الكويتي في هذا الشأن كما ذكرت ونوجز المقارنة فيما يأتي :

١ - ان جوهر التقادم في القانون المدني يختلف عنه في الفقه الاسلامي وخاصة من حيث الأثر فالتقادم يسقط الحق ذاته ولا يسقط الدعوى به فقط . بخلاف مرور الزمن في الفقه الاسلامي وهو لا يسقط الحق وإنما يسقط الدعوى به بصفة عامة .

(٥٨) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموضع . ويبدو انه استند في ذلك لما جاء في حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبيل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ وما بعدها .

(٥٩) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموضع . وقد استند في ذلك الى ما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : القاعدة الخامسة في تصرف الامام على الرعية . راجع الأشباه ، مشار اليه من قبيل ، ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٦٠) في هذا المعنى ، صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ .

٢ - من حيث المدة يتفق القانون في القاعدة العامة بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي حيث تتحدد المدة في دعوى الدين - بصفة عامة - بخمس عشرة سنة ايضا .

٣ - من حيث بدء سريان المدة . يتفق للقانون مع الفقه الاسلامي . اذ تبدأ المدة في السريان في القانون من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء وتبدأ في الفقه الاسلامي من تاريخ ثبوت الحق للمدعي باقامة الدعوى بالمدعي به ، وهو تاريخ استحقاق للدين .

٤ - يتفق القانون ايضا مع الفقه الاسلامي في اسباب وقف انقطاع المدة . فاللتقادم يقف في القانون أو وجود مانع وكلمة المانع تستوعب الاعذار المؤقتة لمرور الزمان في الفقه الاسلامي وخاصة للغياب وانعدام الاعلية وايضا كون المدعي عليه من المتغلبة حيث يمكن أن نعتبها مانعا ادبيا او معنويا . كذلك يتفق القانون في اسباب انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وقرار المدعي عليه مع اسباب انقطاع مرور الزمن في الفقه الاسلامي .





**قائمة المراجع**  
**احكام الالتزام**  
**د. فكيه وفه خطاب**

## المراجع

### المراجع العربية :

أولا : في فقه الشريعة الإسلامية :

١ - قديمها :

ابن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، دار الجيل ، بيروت .

ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقي دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٩م .

ابن رجب : القواعد في لفقه الاسلامي لثالث أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي دار المعرفة ، بيروت .

ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الفكر ، مكتبة الخانجي .

ابن جزى : قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية / محمد ابن أحمد بن جزى القرناطي المالكي ، طبعة ١٩٧٩م ، دار العلم للملايين ، بيروت .

ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج بشرح المنهاج للإمام العالم للامامة

الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي ، بهامش حواشي العلامة ابن الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي ، بيروت .

ابن حزم : المحلى ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت .

ابن قدامة : المغني ، للإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد  
ابن محمد بن قدامة على مختصر الخرقى ، دار الكتاب العربى ، بيروت .  
١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار  
ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف . والحاشية لخاتمة المحققين محمد أمين  
للشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، دار الفكر ،  
بيروت ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

ابن عبد السلام : قواعد الاحكام في مصالح الانام للإمام المحدث للفتية  
سلطان العلماء أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب  
العلمية ، بيروت .

ابن نجيم : الاشياء والنظائر ، للشيسخ زين العابدين بن ابراهيم  
بن نجيم ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

ابن يوسف : غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والتمتيع للشيخ مرعى  
ابن يوسف الحنبلى ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض .

البهوتى : كشف القناع عن متن الاقناع لأشيخ العلامة ، فقيه الحنابلة  
منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، مكتبة النصر للحقيقة ، الرياض .

السرخسى : الميسوط ، لشمس الدين السرخسى . الطبعة الثانية دار  
المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

السيوطى : الاشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام  
جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار  
الكتب العلمية ، بيروت .

الشافعى : الام ، للإمام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء  
السابع ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الاولى ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .

الشيرازى : المذهب ، لآبى اسحق ابراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى  
الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .

الكاسانى : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبى بكر  
ابن مسعود الكاسانى الحنفى ، الناشر زكريا يوسف ، مطبعة الامام ، لقاهرة .

لكمال بنو الهمام : شرح فتح التقدير للعاجز الفقيه للشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيولسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام ، دار احياء التراث العربى ، بيروت .

## ٢ - حيتا :

- احمد ابراهيم بك : الالتزامات في الشرع الاسلامي ، توزيع دار الانصار ، القاهرة ، ١٩٤٤/٣٦٣ م .

- احمد على الخطيب : الحجر على المدين احق للغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن القاهرة ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .

- زكى الدين شعبان : نظرية الشروط المقترنة بالمقد في الشريعة والقانون ، للطبعة الاولى ، ١٩٦٨م .

- صبحى محمصانى : للنظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢م . - فلسفة التشريع في الاسلام ، الطبعة للاربعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ .

- عبد الرزاق احمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المجمع العلمى العربى الاسلامى منشورات محمد الداية ، بيروت . ستة اجزاء .  
- عبد الكريم زيدان : الكفالة والحولة في الفقه المقارن ، بغداد ، ١٩٧٥م .

- عبد الناصر الطار : نظرية الاجل في الالتزام في الشريعة الاسلامية وقوانين البلاد العربية ، القاهرة ١٩٧٨م .

- على الخفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية ، للطبعة الرابعة ، القاهرة ، ١٩٥٢م .

للتصرف الانفرادى والارادة المفردة ، معهد الدراسات العربية المالية ، لقاهرة ، ١٩٦٤م .

- محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية المقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربى .

- محمد زكي عبد البر : كلمة في الحجر على الدين في الفقه الاسلامي ،  
مجلة المحاماة السنة ٣٦ ، العدد التاسع ، مايو سنة ١٩٥٦ م .

- محمد سلام مذكور : بحث عن الخاصة في الفقه الاسلامي منشور  
على جزيين في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة والعشرون ، والسنة  
القاسمة والعشرون .

- محمد مصطفى شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد  
الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م .

### ثانيا - في القانون المدني :

- انور سلطان : الموجز في النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، احكام  
الالتزام ، الاسكندرية ١٩٦٤/١٩٦٥ م .

- جميل الشرفاوى : دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ، مجلة القانون  
والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العدد الاول ، مارس ، ١٩٥٩ م .

- عبد الرزاق احمد المنهورى : الوسيط في شرح القانون المدني ،  
الجزاين الثاني والثالث .

- عبد الفتاح عبد الباقى : مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتى ،  
جامعة الكويت ، ١٩٧٦ م .

- عبد المنعم البدر اوى : النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، احكام  
الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ م .

- عبد المنعم فرج اللصه : احكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٥ م .

- محمد لبيب شنب : - دروس في نظرية الالتزام ، احكام الالتزام ،  
١٩٧٥ م .

- كنية استعمال الحق في الحبس ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،  
المعد الثاني ، السنة للمشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ م .

- مصطفى الجبال وجمال العدوى ، اصول الماملات ، مؤسسة  
الثقافة الجامعية ، الاسكندرية .

## ب و ج هـ

### • مجلة الأحكام العدلية •

• مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : للشيخ أحمد عبد الله القاري ، مطبوعات مؤسسة تهامة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى . ١٤٠١ / ١٩٨١ م •

• مؤسسه الخيران الى معرفة احوال الانسان ، مؤلفه محمد قنبري باشا ، الطبعة الثالثة ، الطبعة الاميرية ، بمصر ، سنة ١٩٠٩ م •

• مجلة للبحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء ، بالمملكة العربية السعودية •

• موسوعة الفقه الاسلامي ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة •

• مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما ، احمد نصر الجندى الطبعة الثانية ، ١٩٧٨ •

### • مجلة القانون والاقتصاد •

### • مجلة العلوم القانونية والاقتصادية •

• مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التي تصدرها وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى ، ١٣٩٦ •

## المراجع الفرنسية

BEGUIN ( Jacques ) : " Clauses penal ". répertoire de droit civil,  
Dalloz, 2e dition, Mise A jour 1979, t II.

BOUT ( Roger ) : " Obligation naturelle " répertoire de droit  
civil, Dalloz, 2e e'dition. Mise A Jour 1979, t.

CARBONNIER (J) : " Droit Civil ", t. 4, les obligation", Jaris,1956.

DERRIDA (fernand) : " BETENTION" Répertoire de droit civil,  
Dalloz, 2e e'dition Mise' A jour e879, t. VII.

GAUDEMET : Théorie generale des obligations, Paris, 1937.

LEBRUN : Cession de dette : Encycl. Juridiane, 1970.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : "Droit Civil" t. 2, vol. 1,  
"les obligations", Paris, 1962.

MAZEAUD (H. L. J. ) : "lecons de droit", civil, t. 2, 5 e'd,  
Paris, 1973.

RIEGE : ' Cession de creance Encycl Juridiance, 2e e'dition,  
t. 2., 1970.

— " NOVATION, "Repertoire de droit civil mise a jour,  
1979, t. v.

SAVATIER ( Ren'e ) : " La theorie de doligation 3e ed.,  
Paris, 1974.

STARCK ( Boris ) :

— " Action oblique "

Répertoire de droit civil mise a jour, 1979, 2e ed, t. 1.

— " Action Paulienne " Répertoire de droit civil, mise  
a Jour, 1979, 2e ed, t. 1.

# المفردات

الموضوع	الصفحة الجند
مقدمة	...
موضوعات الدراسة وخطة البحث	...
الباب الأول : آثار الالتزام	...
الفصل الأول : للتنفيذ العيني	...
المبحث الأول : الالتزام المدني وتنفيذه جبريا	...
المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المدني	...
تنفيذا عينيا جبريا	...
المطلب الثاني : للتنفيذ العيني في الفقه	...
الاسلامي	...
المطلب الثالث : كيفية وقوع التنفيذ العيني	...
للجبري	...
الفرع الأول : للتنفيذ العيني غير المباشر	...
الفرع الثاني : للتنفيذ العيني غير المباشر	...
أولا : الإكراه اللبسخي ( حبس	...
المدين )	...
ثانيا : الضمانة للتهديدية	...
المبحث الثاني : الالتزام الطبيي	...
الالتزام الطبيي في الفقه الاسلامي	...
الفصل الثاني : للتنفيذ بمقابل أو عن طريق التمويض	...
المبحث الأول : حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق	...
للتمويض	...
المبحث الثاني : شروط التمويض	...
المبحث الثالث : تقدير التمويض	...
المطلب الأول : التمويض القضائي	...
المطلب الثاني : للتمويض الاتفاقي	...



				( موقف الفقه الاسلامي من الشرط	
٧٧	٧٤	...	...	للجزائي )	
		٧٦	...	...	الفصل الثالث : وسائل ضمان التنفيذ
٦٨	٧٦	...	...	حق الضمان للمعلم ووسائل حمايته	
٦٩	٧٧	...	...	المبحث الأول : الدعوى غير المباشرة	
				المطلب الأول : تعريف للدعوى غير المباشرة	
٧٠	٧٨	...	...	وشروط استعملها	
				المطلب الثاني : طبيعة الدعوى غير المباشرة	
٧٥	٨١	...	...	وآثارها	
				المطلب الثالث : للدعوى غير المباشرة في الفقه	
٧٨	٨٣	...	...	الاسلامي	
				المبحث الثاني : الدعوى للبولصية أو دعوى	
٧٩	٨٥	...	...	عدم نفاذ للتصرف	
				المطلب الأول : تعريف الدعوى للبولصية	
٧٢	٨٦	...	...	وشروطها	
				المطلب الثاني : نطاق الدعوى للبولصية	
٨٥	٩٠	...	...	وآثارها	
				المطلب الثالث : تصور الفقه الاسلامي لدعوى	
٩٠	٩٥	...	...	عدم نفاذ للتصرف	
٩٣	٩٩	...	...	المبحث الثالث : للحق في الحبس	
٩٤	١٠٠	...	...	المطلب الأول : تعريف للحق في الحبس وشروطه	
٩٩	١٠٤	...	...	المطلب الثاني : آثار الحق في الحبس	
١٠٤	١٠٨	...	...	المطلب الثالث : لنقضاء الحق في الحبس	
				المطلب الرابع : فكرة الحق في الحبس في	
١٠٨	١١٢	...	...	الفقه الاسلامي	
١١٢	١١٧	...	...	المبحث الرابع : دعوى للصورية	
١١٢	١١٨	...	...	المطلب الأول : ماهية للصورية	مكرر
١١٥	١١٩	...	...	المطلب الثاني : آثار للصورية	
١١٦	١٢١	...	...	المطلب الثالث : للصورية في الفقه الاسلامي	
١٢٠	١٢٤	...	...	المبحث الخامس : شهر الاعمال	

الموضوع	الصفحة	البند
المطلب الأول : شهر الاعصار في القانون المدني	١٢٥	١٢١
المطلب الثاني : الحجر على المدين المقلس في		
الفقه الاسلامي ... ..	١٢٨	١٣٠
الفرع الأول : تعريف المقلس والحجر	١٢٩	١٣١
الفرع الثاني : شروط الحجر ... ..	١٣١	١٣٢
مقارنة بين الحجر في الفقه الاسلامي		
والاعصار المدني في القانون ... ..	١٣٨	١٤٠
الفرع الثالث : آثار الحجر ... ..	١٣٥	١٣٦
الباب الثاني : اوصاف الالتزام ... ..	١٣٩	١٤١
الفصل الأول : للشرط والاجل ... ..	١٤٠	١٤٢
المبحث الأول : للشرط ... ..	١٤٠	١٤٣
المطلب الاول : تعريف للشرط وانواعه ... ..	١٤٠	١٤٤
المطلب الثاني : ما يجب توافره في للشرط	١٤٢	١٤٧
المطلب الثاني : آثار للشرط ... ..	١٤٥	١٥٤
الفرع الاول : آثار للشرط في فترة للتعلق	١٤٦	١٥٥
الفرع الثاني : آثار للشرط بعد انتهاء		
فترة للتعلق ... ..	١٤٨	١٥٧
الفرع الثالث : فكرة الاثر الرجعي للشرط	١٥٠	١٦٠
المطلب الرابع : للشرط في الفقه الاسلامي ... ..	١٥٥	١٦٣
مقارنة بين للشرط في الفقه الاسلامي		
والقانون للوضعي ... ..	١٥٧	١٦٥
المبحث الثاني : الاجل ... ..	١٥٩	١٦٦
المطلب الأول : تعريف الاجل وانواعه ... ..	١٦٠	١٦٧
المطلب الثاني : آثار الاجل ... ..	١٦٢	١٧١
الفرع الأول : آثار الاجل قبل أن ينقضي	١٦٣	١٧٢
الفرع الثاني : آثار الاجل بعد أن ينقضي	١٦٤	١٧٥
اولا : اسباب انقضاء الاجل	١٦٤	١٧٦
ثانيا : الآثار التي تترتب		
على انقضاء الاجل ... ..	١٦٧	١٨٠
المطلب الثالث : الاجل في الفقه الاسلامي	١٧٠	١٨٤
مقارنة الاجل بين الفقه الاسلامي		

١٩٤	١٧٨	...	...	...	وللقانون
١٩٥	١٧٩	...	...	...	<b>الفصل الثاني : الالتزام البطل والتخيري</b>
١٩٦	١٨٠	...	...	...	المبحث الأول : الالتزام للتخيري
٢٠٠	١٨٥	...	...	...	المبحث الثاني : الالتزام للبطل
٢٠٣	١٨٧	...	...	...	المبحث الثالث : خيار للتعين في الفقه الاسلامي
٢٠٥	١٩٠	...	...	...	<b>الفصل الثالث : التضامن وعدم قابلية للتقسام</b>
٢٠٦	١٩١	...	...	...	المبحث الأول : في التضامن
٢٠٧	١٩٢	...	...	...	المطلب الأول : التضامن الايجابي
٢١٤	١٩٧	...	...	...	المطلب الثاني : التضامن السلبي
٢٢٤	٢١٣	...	...	...	المطلب الثالث : التضامن في الفقه الاسلامي
٢٣١	٢١٨	...	...	...	المبحث الثاني : عدم قابلية الالتزام للتقسام
٢٣٤	٢٢٠	...	...	...	الالتزام غير القابل للتقسام في الفقه الاسلامي
٢٣٥	٢٢١	...	...	...	<b>الباب الثالث : انتقال الالتزام</b>
٢٣٦	٢٢٢	...	...	...	<b>الفصل الأول : حولة الحق</b>
٢٣٧	٢٢٣	...	...	...	المبحث الأول : شروط حولة الحق
٢٣٨	٢٢٣	...	...	...	المطلب الأول : شروط انعقاد حولة الحق
٢٤٠	٢٢٥	...	...	...	المطلب الثاني : شروط نفاذ حولة الحق
٢٤٥	٢٢٩	...	...	...	المبحث الثاني : آثار حولة الحق
٢٤٦	٢٢٩	...	...	...	المطلب الأول : آثار حولة الحق بين طرفيهما
٢٥٠	٢٣٤	...	...	...	المطلب الثاني : آثار حولة الحق بالنسبة للغير
٢٥٥	٢٤٢	...	...	...	المبحث الثالث : حولة الحق في الفقه الاسلامي
٢٥٩	٢٤٥	...	...	...	<b>الفصل الثاني : حولة الدين</b>
٢٦١	٢٤٧	...	...	...	المبحث الأول : انعقاد حولة الدين ونفاذها
٢٦٣	٢٤٩	...	...	...	المبحث الثاني : آثار حولة الدين
٢٦٨	٢٥٥	...	...	...	المبحث الثالث : حولة الدين في الفقه الاسلامي
٢٦٩	٢٥٦	...	...	...	المطلب الأول : انعقاد حولة الدين في الفقه الاسلامي
٢٧١	٢٥٨	...	...	...	المطلب الثاني : شروط حولة الدين في الفقه الاسلامي
		...	...	...	المطلب الثالث : آثار حولة الدين في الفقه الاسلامي

٢٧٨	٢٦٣	...	...	...	...	...	الاسلامى
٢٨٥	٢٧٣	...	...	...	...	...	المطلب الرابع : انقضاء الالتزام
٢٨٧	٢٧٤	...	...	...	...	...	الفصل الأول : الوفاء
٢٨٨	٢٧٥	...	...	...	...	...	المبحث الأول : اطراف الوفاء
٢٩٢	٢٧٩	...	...	...	...	...	المبحث الثانى : موضوع الوفاء
٢٩٧	٢٨٤	...	...	...	...	...	المبحث الثالث : الوفاء بإرادة المولى وحده
٣٠٤	٢٨٩	...	...	...	...	...	المبحث الرابع : ظروف الوفاء
٣٠٩	٢٩٥	...	...	...	...	...	المبحث الخامس : آثار الوفاء
٣١٠	٢٩٧	...	...	...	...	...	المطلب الأول : لطول الالتزام
٣١٤	٣٠١	...	...	...	...	...	المطلب الثانى : لطول القانونى
٣١٥	٣٠٤	...	...	...	...	...	المطلب الثالث : آثار لطول
٣١٩	٣١٧	...	...	...	...	...	المبحث السادس : الوفاء فى الفقه الاسلامى
٣٢٠	٣١٧	...	...	...	...	...	المطلب الأول : طوعا للوفاء
٣٢٢	٣٢١	...	...	...	...	...	المطلب الثانى : موضوع الوفاء
٣٢٥	٣٢٤	...	...	...	...	...	المطلب الثالث : ظروف للوفاء
٣٢٨	٣٢٩	...	...	...	...	...	الفصل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٣٢٩	٣٣٠	...	...	...	...	...	المبحث الأول : للوفاء بمقابل
٣٣٣	٣٣٦	...	...	...	...	...	المبحث الثانى : للتجديد
٣٤٢	٣٤٦	...	...	...	...	...	المبحث الثالث : الاتابة فى الوفاء
٣٤٥	٣٥٠	...	...	...	...	...	المبحث الرابع : المقاصة
٣٤٧	٣٥١	...	...	...	...	...	المطلب الأول : المقاصة للقانونية
							المطلب الثانى : المقاصة للقضائية والمقاصة
٣٥١	٣٥٧	...	...	...	...	...	الاتفاقية
٣٥٤	٣٦١	...	...	...	...	...	المبحث الخامس : لتحديد النعمة
							المبحث السادس : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٣٥٧	٣٦٤	...	...	...	...	...	فى الفقه الاسلامى
٣٥٨	٣٦٥	...	...	...	...	...	المطلب الأول : المقاصة فى الفقه الاسلامى
٣٦٣	٣٧٢	...	...	...	...	...	المطلب الثانى : الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى
٣٦٥	٣٧٥	...	...	...	...	...	المطلب الثالث : لتحديد النعمة فى الفقه الاسلامى

المطلب الرابع : التجديد والائابة في الفقه الاسلامى	٣٧٩	٣٦٩
الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاة	٣٨٢	٣٧٩
المبحث الأول : الأبراء	٣٨٣	٣٨٠
المبحث الثانى : استحالة التنفيذ	٣٨٦	٣٨٤
المبحث الثالث : مرور الزمان المانع من سماع الدعوى	٣٨٨	٣٨٨
المطلب الأول : المدة المقررة لعدم سماع الدعوى	٣٩٠	٣٨٩
المطلب للثانى : وقفوانقطاع مدة عدم سماع الدعوى	٣٩٥	٣٩٥
الفرع الأول : وقف مدة عدم سماع الدعوى	٣٩٥	٣٩٦
الفرع للثانى : انقطاع مدة عدم سماع الدعوى	٣٩٧	٣٩٩
المطلب الثالث : أثر مضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى	٤٠١	٤٠٤
المبحث الرابع : طرق انقضاء الالتزام دون وفاة في الفقه الاسلامى	٤٠٩	٤٠٩
المطلب الأول : الأبراء في الفقه الاسلامى	٤١٠	٤١٠
المطلب للثانى : أحكام مرور الزمن في الفقه الاسلامى	٤١٦	٤١٤
الفرع الأول : المدة المانعة من سماع الدعوى وبدا سرانها	٤١٨	٤١٥
الفرع للثانى : وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى	٤٢١	٤٢١
الاعذار الشرعية المؤثر في سران المدة	٤٢١	٤١٧
أولا : الاعذار التي توقف سران المدة المقررة لعدم سماع الدعوى	٤٢٢	٤١٨

الصفحة للبند

الموضوع

الفرع الثالث : آثار انقضاء المدة المقررة

٤٢٠	٤٢٩	...	...	لمحرم سماع الدعوى
				مقارنة بين التقادم في القانون
				الدنى ومرور الزمن في الفقه
٤٢٣	٤٣٢	...	...	الاسلامى

رقم الايداع بدار للكتب

٨٣/٢٨٥٣

الترقيم الدولى ٨ - ٠٠٥٦ - ١٠ - ٩٧٧

مطبعة دار الصفا

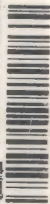
١٤ شارع عبد الحميد

جنينة قاميش

ال. ١٠٠٠ : ١٠٠٠ : ١٠٠٠ : ١٠٠٠



Bibliotheca Alexandrina



0597344

46